



Srpsko udruženje
za krivičnopravnu teoriju
i praksu



Institut za kriminološka i
sociološka istraživanja
u Beogradu

REVIJA

ZA KRIMINOLOGIJU I KRIVIČNO PRAVO

UDK
343

VOL. 56.
Br 2.

BEOGRAD, 2018.

MAJ-AVGUST 2018.

Savet časopisa

Prof. dr Zoran STOJANOVIĆ, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu u penziji; Prof. dr Đorđe IGNJATOVIĆ – redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu; Akademik Igor Leonidovič TRUNOV – Ruska akademija nauka u Moskvi; Prof. dr Vid JAKULIN – Pravni fakultet Univerziteta u Ljubljani; Prof. dr Miodrag SIMOVIĆ – Pravni fakultet Univerziteta u Banja Luci; Janko LAZAREVIĆ – sudija Vrhovnog kasacionog suda; Dr Jovan ĆIRIĆ – sudija Ustavnog suda; Nenad VUJIĆ – direktor Pravosudne akademije.

Redakcija časopisa

Prof. dr Claus ROXIN – Pravni fakultet Univerziteta u Minhenu; Prof. dr Stanko BEJATOVIĆ – Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu; Dr Jasmina KIURSKI – zamenik Republičkog javnog tužioca; Prof. dr Dragana KOLARIĆ – sudija Ustavnog suda; Prof. dr Milan ŠKULIĆ – sudija Ustavnog suda; Prof. dr Božidar BANOVIĆ – Fakultet bezbednosti Univerziteta u Beogradu; Prof. dr Đorđe ĐORĐEVIĆ – Kriminalističko policijska akademija u Beogradu; Doc. dr Veljko TURANJANIN – Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu; Doc. dr Dragana ČVOROVIĆ – Kriminalističko policijska akademija u Beogradu; Dr Vladan JOLDŽIĆ – Institut za kriminološka i sociološka istraživanja u Beogradu; Dr Sanja ĆOPIĆ – Institut za kriminološka i sociološka istraživanja u Beogradu; Dr Ana BATRIĆEVIĆ – Institut za kriminološka i sociološka istraživanja u Beogradu; Dr Olivera PAVIĆEVIĆ – Institut za kriminološka i sociološka istraživanja u Beogradu.

Glavni i odgovorni urednik časopisa

Dr Ivana STEVANOVIĆ, Institut za kriminološka i sociološka
istraživanja u Beogradu

Urednik časopisa

Doc. dr Milica KOLAKOVIĆ-BOJOVIĆ – Institut za kriminološka i sociološka
istraživanja u Beogradu

Sekretar redakcije časopisa

Nikola VUJIĆIĆ, MA – Institut za kriminološka i sociološka istraživanja u Beogradu

ISSN 1820-2969

Časopis izdaju: Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu
i Institut za kriminološka i sociološka istraživanja u Beogradu

Časopis izlazi tri puta godišnje.
Radove i ostalu poštu u vezi sa časopisom slati na
E-mail: sekretar.revija@gmail.com

U troškovima izdanja časopisa učestvovalo je Ministarstvo prosvete,
nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije
i Pravosudna akademija u Beogradu

Štampa i priprema: „Službeni Glasnik“ Beograd.
Tiraž: 300 primeraka

Editorial council

Professor Zoran STOJANOVIC, PhD – University of Belgrade, Faculty of Law; Professor Djordje IGNJATOVIC, PhD – University of Belgrade, Faculty of Law; Academic Igor Leonidovic TRUNOV, PhD – Russian Academy of Sciences, Moscow; Professor Vid JAKULIN, PhD – Faculty of Law, University of Ljubljana; Professor Miodrag SIMOVIC, PhD – Faculty of Law – University of Banja Luka; Janko LAZAREVIC – Supreme Court of Cassation Judge; Jovan CIRIC, PhD – Constitutional Court Judge; Nenad VUJIC – director of the Judicial Academy

Editorial board

Professor Claus ROXIN, PhD – Faculty of Law, University of Munich; Professor Stanko BEJATOVIC, PhD – Faculty of Law, University of Kragujevac; Jasmina KIURSKI, PhD – Deputy Republic Public Prosecutor; Professor Dragana KOLARIC, PhD – Constitutional Court Judge; Professor Milan SKULIC, PhD – Constitutional Court Judge; Professor Bozidar BANOVIC, PhD – Faculty of Security Studies, University of Belgrade; Professor Djordje DJORDJEVIC, PhD – The Academy of Criminalistic and Police Studies – Belgrade; Professor Veljko TURANJANIN, PhD – Faculty of Law, University of Kragujevac; Professor Dragana CVOROVIC, PhD – The Academy of Criminalistic and Police Studies – Belgrade; Vladan JOLDZIC, PhD – Institute of Criminological and Sociological Research, Belgrade; Sanja COPIC, PhD – Institute of Criminological and Sociological Research, Belgrade; Ana BATRICEVIC, PhD – Institute of Criminological and Sociological Research, Belgrade; Olivera PAVICEVIC, PhD – Institute of Criminological and Sociological Research, Belgrade.

Editor in chief

Ivana STEVANOVIĆ, PhD – Institute of Criminological
and Sociological Research, Belgrade

Editor

Asst. Prof. Milica KOLAKOVIC-BOJOVIC, PhD – Institute of Criminological
and Sociological Research, Belgrade

Editorial board Secretary

Nikola VUJICIC, MA – Institute of Criminological
and Sociological Research, Belgrade

ISSN 1820-2969

The Journal is issued by: Serbian Association for Criminal Law Theory and Practice
and Institute of Criminological and Sociological Research in Belgrade.

The Journal is published three times a year.

Send scientific articles and other papers relevant for the Journal via E-mail:
sekretar.revija@gmail.com

The Ministry of Education, Science and Technological Development
and Judicial Academy in Belgrade participated
in the coverage of this Journal's publishing costs.

Printed and arranged by: "Službeni Glasnik",
Belgrade Number of prints: 300

**REVIJA
ZA KRIMINOLOGIJU I KRIVIČNO PRAVO**

VOL 56. BR. 2.	BEOGRAD	MAJ-AVGUST 2018.
UDK 343		ISSN 1820-2969

S A D R Ź A J

ČLANCI:

1. Dragana KOLARIĆ: „Tvrdo jezgro ljudskih prava” u praksi
Ustavnog suda Srbije i Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu:
ustavnosudska zaštita u krivičnoj stvari 9
2. Nevenka BOGOJEVIĆ-GLUŠČEVIĆ: Krivično djelo
silovanja u statutima srednjovekovnog Skadra i Kotora 59
3. Emir ĆOROVIĆ: Položaj branioca prema Zakonu
o prekršajima Republike Srbije 81
4. Darko DIMOVSKI, Ivan MILIĆ: Prevencija zločina mržnje 103
5. Aleksandar STEVANOVIĆ: Ključni pravni aspekti lobiranja
i njegov odnos sa korupcijom - u susret Zakonu o lobiranju 117
6. Milan MARINOVIĆ: Prekršajni sudovi i efikasnost sudske zaštite 137
7. Predrag POPOVIĆ: Krađa iz zatvorenih prostora
– kriminalistički aspekt 147

PRIKAZ:

8. Nikola VUJIČIĆ, prikaz knjige: Milica KOLAKOVIĆ-BOJOVIĆ,
Organizacija pravosuđa u Republici Srbiji – Reformski okvir
i EU standardi, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja,
Beograd 2018, 270. 159

OSTALO:

9. Zaključci sa savetovanja: Organizacija pravosuđa
i efikasnost sudske zaštite (evropski standardi i stanje u Srbiji)
– krivičnopravni aspekt 163

**JOURNAL
OF CRIMINOLOGY AND CRIMINAL LAW**

VOL 56. No. 2.	BELGRADE	MAY-AUGUST 2018.
UDK 343		ISSN 1820-2969

CONTENTS

ARTICLES:

1. Dragana KOLARIĆ: „Hard-Core Human Rights” in practice of the Constitutional Court of Serbia and the European Court of Human Rights in Strasbourg: Constitutional-Court protection in criminal matter 9
2. Nevenka BOGOJEVIĆ-GLUŠČEVIĆ: The Crime of Rape in the Statutes of medieval towns of Shkodra and Kotor 59
3. Emir ĆOROVIĆ: Position of defence counsel according to the Misdemeanor Law of the Republic of Serbia 81
4. Darko DIMOVSKI, Ivan MILIĆ: Prevention of Hate Crimes 103
5. Aleksandar STEVANOVIĆ: Lobbying and Corruption: Key Legal Aspects - Encountering the new Law on Lobbying 117
6. Milan MARINOVIĆ: Misdemeanor courts and the efficiency of judicial protection 137
7. Predrag POPOVIĆ: Theft from Enclosed Spaces - Criminalistics Aspect. 147

REVIEW:

8. Nikola VUJIČIĆ, book review: Milica KOLAKOVIĆ-BOJOVIĆ, Organization of the judiciary in the Republic of Serbia – Reform framework and EU standards, Institute of Criminological and Sociological Research, Belgrade 2018, 270. 159

OTHER:

9. Conclusions from the Conference: Organization of the judiciary and the efficiency of judicial protection (European standards and the situation in Serbia) - Criminal law aspect. 163

Prof. dr Dragana KOLARIĆ*
Ustavni sud Republike Srbije, sudija
Kriminalističko-policijski
univerzitet u Beogradu

Originalni naučni rad
UDK: 342.7(497.11)
341.231.14
Primljeno: 30. septembra 2018. god.

„TVRDO JEZGRO LJUDSKIH PRAVA“ U PRAKSI USTAVNOG SUDA SRBIJE I EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA U STRAZBURU

– Ustavnosudska zaštita u krivičnoj stvari –

U ovom radu ćemo se osvrnuti na ustavnosudsku zaštitu onih prava koja spadaju u tzv. „tvrdo jezgro“ ljudskih prava. Naravno, izložićemo i praksu ESLJP o istoj materiji što će nam dati mogućnosti za određene zaključke. Sagledano u svetlu člana 15. stav 2. EKLJP „tvrdo jezgro“ obuhvata: pravo na život (član 2 EKLJP), zabranu mučenja (član 3 EKLJP), zabranu ropstva i prinudnog rada (član 4 EKLJP), kažnjavanje samo na osnovu zakona (član 7 EKLJP) i pravo da se ne bude dvaput suđen ili kažnjen u istoj stvari (član 4 Protokola 7). Ovom prilikom autor se bavi zaštitom prava na život, zabranom mučenja, kažnjavanjem samo na osnovu zakona i postulatom ne bis in idem. Imajući u vidu da pre ustavnosudske zaštite osnovnih ljudskih prava i sloboda u krivičnoj stvari dolazi zaštita koju pružaju redovni sudovi kroz primenu sistemskih zakona, u meri u kojoj je to neophodno za ovaj rad, autor se osvrće i na pojedine odredbe ovih zakona. Osnovna svrha krivičnog prava je zaštita društva od kriminaliteta ali istovremeno ono svojom svrhom ne sme da ugrozi dostignute standarde ljudskih prava. Da li neke negativne kriminalnopolitičke tendencije, kao što su pojačana

* e-mail: dragana.kolaric@kpa.edu.rs

represija i krivičnopravni ekspanzionizam, kojima se nastoji da se postigne osnovna svrha ustvari ugrožavaju ljudska prava. Na kraju, autor zaključuje da kriterijumi koje postavlja Evropski sud za ljudska prava u velikoj meri proširuju materijalne i procesne garancije i jemstva ne samo u Srbiji, već i u najvećem delu Evrope.

Ključne reči: Ustav, krivični zakonik, osnovne slobode, ljudska prava, načelo zakonitosti, pravo na život, zabrana mučenja, *ne bis in idem*

1. Uvodne napomene

Savremeno krivično pravo je oblikovano Ustavom¹ kao najvišim izvorom prava. Uzajamno dejstvo između Ustava i krivičnog prava je višestruko. Ustav pojedina krivičnopravna načela podiže na rang ustavnih, nalaže zaštitu nekih krivičnopravnih vrednosti i pojedine sankcije eksplicitno zabranjuje. Krivično pravo pak, pruža zaštitu i samom ustavnom uređenju. I zakonodavac prilikom donošenja odredbi i redovni sudovi prilikom primene krivičnopravnih normi imaju pred sobom ustavna jemstva. Ukoliko ih ne uvažavaju otvara se prostor za ocenu ustavnosti zakonskih normi i donetih sudskih odluka. To se u teoriji označava kao konstitucionalizacija krivičnog prava (vid. Ilić, 2001: 5–29).

Osnovne teze ovog rada su: Ustav i Krivični zakonik² su u međusobnoj interakciji, ustavnosudska zaštita u krivičnoj stvari komplementarna je krivičnopravnoj zaštiti koju pružaju redovni sudovi, Evropski sud za ljudska prava (ESLJP) proširuje materijalne i procesne garantije ne samo u Srbiji, nego i šire.

Međusobna veza Ustava i krivičnog prava prožima ceo Krivični zakonik, ali i pojedine odredebe Ustava kao najvišeg pravnog akta. U članu 34. Ustava proklamovano je pravo na pravnu sigurnost u kaznenom pravu. U okviru nje najvažnija garancija je da se niko ne može oglasiti krivim za delo koje, pre nego što je učinjeno, zakonom ili drugim propisom zasnovanim na zakonu nije bilo predviđeno kao kažnjivo, niti mu se može izreći kazna koja za to delo nije bila predviđena. Ovo pravo ima status apsolutno zaštićenog prava i ne podleže odstupanju u ratu ili za vreme vanrednog stanja. Ostale odredbe Ustava koje postavljaju standarde u kaznenom pravu su: pravo na slobodu i bezbednost (član 27 Ustava), postupanje sa licem lišenim slobode (član 28 Ustava), dopunska prava u slučaju lišenja slobode bez odluke suda (član 29 Ustava), pritvor i trajanje pritvora

1 Ustav Republike Srbije, „Službeni glasnik RS“, br. 98/2006.

2 Krivični zakonik, „Sl. Glasnik RS“, br. 85/2005, 88/2005 – ispr. 107/2005 – ispr. 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014. i 94/16.

(član 30 i 31 Ustava), pravo na pravično suđenje (član 32 Ustava), posebna prava okrivljenog (član 33 Ustava), pravo na rehabilitaciju i naknadu štete (član 35 Ustava), nepovredivost pisama (član 40 Ustava) i tajnost pisama i drugih sredstava opštenja (član 41 Ustava).

Jasno je da je Ustavni sud najviši garant zaštite ljudskih i manjinskih prava i sloboda. Ustavna žalba se može izjaviti protiv pojedinačnih akata i radnji državnih organa ili organizacija kojima su poverena javna ovlašćenja a kojima se povređuju ili uskraćuju ljudska ili manjinska prava i slobode zajamčene Ustavom, ako su iscrpljena ili nisu predviđena druga pravna sredstva za njihovu zaštitu. Po oceni ESLJP ustavna žalba se smatra delotvornim pravnim sredstvom.³

Kada je u pitanju krivično pravo jedno od osnovnih načela koje nastoji da pomiri dva suprotstavljena zahteva (vid. Ilić, 2001: 5–29) potrebu za pojačanom represijom, sa jedne strane, i njeno ograničenje u cilju zaštite dostignutog standarda ljudskih prava, sa druge strane, je načelo legitimeteta. Ovo načelo naglašava važnost osnovnih ideja vodilja na kojima se zasniva krivično pravo i ističe u prvi plan osnovne slobode i prava čoveka. Kako je to istaknuto u članu 3. Krivičnog zakonika Srbije, zaštita čoveka i drugih osnovnih društvenih vrednosti predstavlja osnov i granice za određivanje krivičnih dela, propisivanje krivičnih sankcija i njihovu primenu, u meri u kojoj je to nužno za suzbijanje tih dela.

Isticanje osnovnih sloboda i prava čoveka vidljivo je i kroz opšti zaštitni objekat gde se prednost daje dobrima čoveka. Zato, opšti zaštitni objekat treba videti u osnovnim dobrima čoveka ili njegovim osnovnim pravima, kao i onim društvenim dobrima koja su u funkciji postojanja i ostvarivanja osnovnih dobara čoveka (Stojanović, 2014: 133).

Represija ne sme da dominira u odnosu na načelo legitimeteta tj. zaštitu osnovnih ljudskih prava i sloboda, a naročito ne nad načelom zakonitosti. U oblasti krivičnog prava važno je utvrditi da li se prilikom propisivanja određenih ponašanja kao krivičnih dela i propisivanja kazni ili drugih krivičnih sankcija ostvaruje garantivna funkcija krivičnog prava. Načelo legaliteta predstavlja jednu od najvažnijih tekovina pravne države te je stoga važno da se ono poštuje u punom kapacitetu i celokupnom značenju. U teoriji se ističe stanovište da ono što se garantuje nije mnogo i svodi se na jedan negativan aspekt krivičnog prava, tj. da ono neće biti primenjeno onda kada određeno ponašanje još nije predmet regulisanja krivičnopravnih normi. U oblasti krivičnih sankcija ono što krivično pravo garantuje je još manje. No, i to malo je veoma značajno (Stojanović, 2016: 14). Standardi svakako moraju biti veći kada je u pitanju propisivanje onih ponašanja koja će predstavljati krivična dela, nego kada su u pitanju krivične sankcije

3 ESLJP, *Vinčić i drugi protiv Srbije*, 1. decembar 2009. godine, § 51.

i načelo *nulla poena sine lege*. Do otvorenog kršenja zakona u oblasti krivičnih sankcija vrlo retko dolazi jer za tim nema ni potrebe, sudovi i onako jedva da su ograničeni zakonom, tj. slobodni prostor za njihovo odlučivanje je vrlo širok (Stojanović, 2016: 14). Ono što prepoznajemo kao problem, u poslednjem periodu kada je u pitanju načelo zakonitosti jeste brzopletost u donošenju propisa (hiperkriminalizacija) što se odražava na kvalitet norme koje su nedovoljno određene, koriste se pravni standardi, analogija – kao način tumačenja putem sličnosti itd. Međutim, zahtev za određenošću krivičnopravnih normi ne isključuje korišćenje pojmova u krivičnom pravu kojima je potrebno tumačenje od strane sudije. Bitno je da je krivičnopravna norma opravdana, a ona to jeste ako postoji legitimni objekt zaštite i njegova povreda ili ugrožavanje. Pri tome je neophodno da krivično delo bude precizno određeno što znači da zakonodavac pravnu normu postavi tako konkretno da područje njene primene proizilazi iz teksta ili se, u svakom slučaju, tumačenjem može utvrditi. Krivično pravo mora da ima u vidu i kompleksnost života. Zbog toga su nekada krivičnopravne norme apstraktnije postavljene, pa je u pojedinim slučajevima potrebno tumačenje od strane sudije (Kolarić, 2013: 65).

Ono što možemo sa visokim stepenom sigurnosti da tvrdimo to je da fenomen pojačane represije više nije vezan za unutrašnje potrebe države već se sve više vezuje za usaglašavanje sa evropskim standardima. To je najčešći razlog reformi u poslednjem periodu. I to pre svega usaglašavanje sa komunitarnim pravom. Međutim, izraz „evropsko“ ima šire značenje i podrazumeva i konvencije Saveta Evrope, a pre svega Evropsku konvenciju o ljudskim pravima i osnovnim slobodama⁴ i praksu Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu (*u nastavku*: ESLjP). Na ovom mestu je važno pomenuti i da je Evropska konvencija za zaštitu osnovnih ljudskih prava i sloboda (*u nastavku*: EKLjP) pre svega krivična, a uticaj strazburške prakse je sve veći. Uloga sudije, a posebno sudije Ustavnog suda, dobija posebno na značaju u svetlu metoda tumačenja i standarda koje primenjuje Evropski sud za ljudska prava. Odredbe koje proklamuju pravo na život (član 2 EKLjP), zabranu mučenja (član 3 EKLjP) ili kažnjavanje samo na osnovu zakona (član 7 EKLjP), odlikuju se prvenstveno krivičnopravnim karakterom. Na drugoj strani, uprkos nepostojanju odgovarajućeg člana u Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima koji bi se odnosio na krivični postupak, odredbe o pravu na slobodu i bezbednost (član 5 EKLjP) i pravu na pravično suđenje (član 6 EKLjP) imaju suštinski značaj za ovu materiju. Ne treba zaboraviti ni odredbe o pravu na preispitivanje sudske odluke (član 2 Protokola 7 uz EKLjP), pravu na naknadu štete (član 3 Protokola 7 uz EKLjP) i načelo *ne bis in idem* (član 4

4 „Službeni list SCG – međunarodni ugovori“, br. 9/2003.

Protokola 7 uz EKLjP). Veliki procesni značaj imaju i pomenuti član 3 EKLjP, kao i odredba člana 8 EKLjP o pravu na poštovanje privatnog i porodičnog života (Ilić, 2001: 5–29).

Standardi koje postavlja Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda su važni za nacionalne pravne sisteme jer postoji delotvorna kontrola Evropskog suda za ljudska prava. U slučaju osude države ESLjP ukazuje na slabosti njenog pravnog sistema. U teoriji se često mogu čuti izjave da u nekim situacijama kao npr. *ne bis in idem* ne treba odstupati od tradicije u našoj zemlji. Međutim, pored toga što takve odluke mogu državu da koštaju postoji i mogućnost da država u slučaju podnošenja novih predstavlki bude osuđena zbog kršenja osnovnih sloboda i prava zajemčenih Evropskom konvencijom o ljudskim pravima (Ilić, 2001: 5–29).

Dakle, pojam evropskog krivičnog prava je širi, kompleksniji od krivičnog prava EU koji se svodi na pojedine odredbe krivičnog materijalnog prava EU. Sveukupno, ova evropeizacija krivičnog prava dovodi do, barem, dve problemske situacije u krivičnom materijalnom zakonodavstvu. Prva se odnosi na pitanje primene blažeg zakona, *lex previa* segment načela zakonitosti, a druga se tiče nekih negativnih kriminalnopolitičkih tendencija koje bi trebalo da su izuzetak a kod nas su pravilo. U pitanju su krivičnopravni ekspanzionizam i pooštavanje kaznene politike (pribegavanje represiji u cilju efikasnosti). Krivičnopravni ekspanzionizam, kako se pokazalo u prethodnom reformskom periodu, ugrožava i segment *lex certa*. Može se ići i mnogo dalje i postaviti pitanje usklađenosti pravnih akata tj. različitog definisanja istih pojmova u sistemskim zakonima. U tom smislu možemo da se osvrnemo na ranije različito definisanje pojma organizovanog kriminala i koliko je vremena trebalo da se taj pojam uskladi. Takođe, postavlja se pitanje da li je potrebno i sada da taj pojam egzistira u više zakonskih tekstova što dovodi do nepotrebnih ponavljanja. Koliko se često odstupa od načela *nullum crimen nulla poena sine lege* i njegovog segmenta *lex certa* i *ultima ratio* dimenzije krivičnog prava svedoci smo gotovo svakodnevno kako na evropskom, tako i na unutrašnjem planu. Kako je to lepo rečeno u teoriji svođenje krivičnopravne reakcije na svakodnevnu ravan, odnosno „nepodnošljiva lakoća“ primene krivičnog prava rasipa simbločku snagu *ultima ratio* zaštite osnovnih vrednosti svakog društva (Rebut prema Ilić, 2001: 5–29). Sreća je da kada se radi o *mala in se* nema iskakanja kao kada su u pitanju novi, savremeni oblici kriminaliteta.

U ovom radu ćemo se osvrnuti na ustavnosudsku i krivičnopravnu zaštitu onih prava koja spadaju u tzv. „tvrdo jezgro“ ljudskih prava. Naravno, izložićemo i praksu ESLjP o istoj materiji što će nam dati mogućnosti za određene zaključke. Sagledano u svetlu člana 15. stav 2. EKLjP „tvrdo jezgro“ obuhvata: pravo na život (član 2 EKLjP), zabranu mučenja (član 3 EKLjP), zabranu ropstva i prinudnog

rada (član 4 EKLJP), kažnjavanje samo na osnovu zakona (član 7 EKLJP) i pravo da se ne bude dvaput suđen ili kažnjen u istoj stvari (član 4 Protokola 7). Kada je u pitanju zabrana ropstva i prinudnog rada, istaknućemo samo, u ovom referatu, da odredba člana 15. stav 2. EKLJP upućuje na član 4. stav 1. EKLJP koji zabranjuje držanje u ropstvu ili ropском položaju. Međutim, Evropski sud za ljudska prava, uzimajući u obzir savremene norme i kretanja u toj materiji, vezuje pozitivnu obavezu države i za zabranu prinudnog rada o kojem govori član 4. stav 2. EKLJP (ESLJP, *Siliadin protiv Francuske*, 26. jul 2005. godine, § 112, 130).

2. Pravo na život

S obzirom da je pravo na život univerzalno pravo čoveka, njegova zaštita je inkorporirana i garantovana nizom dokumenata koje je donela međunarodna zajednica, a koje je prihvatio najveći broj država, i nizom akata donetih na unutrašnjem planu.

EKLJP u članu 2. ističe da je pravo na život svake osobe zaštićeno zakonom. Niko ne može namerno biti lišen života, sem prilikom izvršenja presude suđa kojom je osuđen za zločin za koji je ova kazna predviđena zakonom. Stav 2. ovog člana navodi da lišenje života nije protivno ovom članu ako proistekne iz upotrebe sile koja je apsolutno potrebna. Sila je apsolutno potrebna, prema slovu Konvencije, radi odbrane nekog lica od nezakonitog nasilja, da bi se izvršilo hapšenje na osnovu zakona ili sprečilo bekstvo lica lišenog slobode na osnovu zakona i prilikom mera koje se preduzimaju na osnovu zakona u cilju suzbijanja nereda ili pobune.

Pravo na život se direktno tretira i protokolima br. 6 i br. 13. Najpre Protokol br. 6 afirmiše načelo ukidanja smrtno kazne, tako što ističe da država mora, tamo gde je podesno, izbrisati tu kaznu iz svog zakonodavstva. Član 2. istog protokola precizira da se dejstvo protokola ograničava na obavezu ukidanja smrtno kazne za vreme mira, dok za krivična dela izvršena za vreme rata ili immanentne ratne pretnje može ostati odredba o smrtnoj kazni.⁵ Protokol br. 13. ide i dalje u zaštiti prava na život i ističe da je potpuno ukidanje smrtno kazne bitan element zaštite tog prava i punog priznanja urođenog dostojanstva svih ljudskih bića. Na taj način je ojačana zaštita prava na život kao neotuđivog prava individue.⁶

5 Protokol br. 6 je otvoren za potpisivanje državama članicama Saveta Evrope 28. aprila 1983. godine.

6 Protokol br. 13 je otvoren za potpisivanje državama članicama Saveta Evrope 3. maja 2002. godine.

Ustav Srbije u odredbi člana 24. koja nosi naziv *Pravo na život* ističe da je ljudski život neprikosnoven, da u Srbiji nema smrtne kazne i da je zabranjeno kloniranje ljudskih bića.

U razvijenim državama sa razvojem prava o ljudskim pravima napušta se shvatanje po kome je na prvom mestu u krivičnom pravu bila zaštita države i ustavnog poretka. Sistematizacija posebnog dela krivičnog prava ukazuje na to. Krivični zakonik Srbije apsolutni prioritet daje zaštiti prava na život. Posebni deo počinje sa grupom krivičnih dela protiv života i tela, tj. sa krivičnim delom ubistva koje spada u klasična, *mala in se* krivična dela.

Pravo na život čoveka, kako je jednodušno prihvaćeno, predstavlja vrhovno ljudsko pravo koje se nalazi ispred svakog drugog prava. No, bez obzira na jedinstvenost takvog stava, pravo na život izaziva brojne rasprave i oprečna mišljenja u pogledu sledećih pitanja: da li je pravo na život prirodno pravo čoveka, tj. da li se radi o urođenom pravu ili je ono stečeno kasnije bitisanjem i borbom čoveka; da li postoje izuzeci od ovog prava koje je opravdano legitimirati i koji bi stoga ukazivali na relativnost prava na život; kakav je odnos između krivičnopravne zaštite prava na život i zaštite koju pružaju druge grane prava?

Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima u članu 6. stav 1. ističe da svako ljudsko biće poseduje neodvojivo pravo na život. Korišćenjem atributa neodvojivo, urođeno (*inhérent*), namera je bila da se izrazi ideja da se osnov prava na život nalazi u prirodnom pravu (Novak, 1996: 4). Sledstveno tome, pojedini autori tvrde da pravo na život predstavlja prirodno pravo čoveka. Ali tu nam se odmah nameću pitanja koja su to prirodna prava čoveka, tj. gde se nalazi njihov katalog? S druge strane, imamo stavove da su sva ljudska prava istorijski uslovljena, pa čak i pravo na život, jer su se granice tog prava tokom istorije menjale, a i danas nisu nesporne. Navešćemo i tvrdnju koja deluje i kao upozorenje da „nema nikakvih urođenih prava, ona su sva stečena ili se još moraju u borbi steći“ (Stojanović, 1997: 4). Do ostvarenja prava na život čovek je prešao dug i trnovit put jer krivičnopravna zaštita života čoveka nije u svim periodima ljudskog društva bila ista. Mogli bismo prihvatiti tvrdjenje da život predstavlja prirodno dobro, samim tim i prirodnu kategoriju, a pravo na život i prirodnopravnu i pozitivnopravnu kategoriju, socijalno uslovljenu. Naime, prirodna težnja čoveka jeste da živi. Život predstavlja dobro, kao pozitivno vrednovana datost, koje može biti pogođeno na razne načine (npr., prirodnim događajima), dok je pravo na život više od dobra, ono uvek sadrži odnos prema drugim ljudima (Stojanović, 1997: 4). Kako se to opravdano ističe, prava ljudi sadrže i prirodnopravnu i socijalnu (a time i pozitivnopravnu) komponentu. Pravo na život u najvećoj meri poseduje prirodnopravni supstrat (zbog toga što je život neophodan preduslov za

postojanje svih ostalih prava), ali ni ovde nije nužno govoriti o prirodnom pravu, već se i ono može uključiti u korpus univerzalnih ljudskih prava koja su se menjala sa razvojem društva bez obzira na to što su univerzalna (Stojanović, 1997: 4). Pravo na život kao prirodno pravo čoveka ne znači ništa više od prava da ne bude ubijen (Stojanović, 1998: 8). Danas, međutim, pravo na život mnogo je više od prava nekog lica da ne bude ubijeno. Ono je u svim savremenim krivičnim zakonodavstvima prošireno. Kao primer navode se sledeće situacije. Prirodno pravo na život ne znači obavezu svih da otklanjaju opasnost od nečijeg života, pa čak ni onda kada to mogu učiniti bez opasnosti za svoj život. Danas, u mnogim krivičnim zakonicima postoji krivično delo nepružanja pomoći licu koje se nalazi u neposrednoj životnoj opasnosti (član 127. KZ). Isto tako, prirodno pravo na život ne obuhvata ni pravo na određeni kvalitet života (Stojanović, 1998: 8).

Pravo na život spada u tvrdo jezgro ljudskih prava. Ovde se veoma lepo vidi interakcija između Ustava i Krivičnog zakonika. Prvo, nema smrtne kazne i drugo, kada je u pitanju krivičnopravna zaštita života, ne dolaze do izražaja tri osobine krivičnog prava, tj. njegova akcesornost, fragmentarnost i supsidijarnost, već je ona samostalna, celovita i primarna (Kolarić, 2008: 13).

Krivičnopravna zaštita života predstavlja najjači vid pravne zaštite i stoga mora biti adekvatno postavljena (Đorđević, 1995: 45). To znači da zaštitu i poštovanje prava na život, proklamovanog najvažnijim međunarodnim dokumentima i Ustavom Srbije, obezbeđuje pre svih, krivično zakonodavstvo.

Obično se ističe da je pravo na život apsolutno pravo. No, kod svih mehanizama zaštite prava na život, i međunarodnih i unutrašnjih, postoji jedan okvir koji se direktno suprotstavlja pravu na život, koji dozvoljava njegovo gašenje. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima u članu 6. stav 1. ističe da niko ne može „proizvoljno“ biti lišen života. Da li to znači da može kada nije proizvoljno, arbitrarno. O tome nema nikakvog sadržaja u Paktu. EKLP u članu 2. nabraja slučajeve dozvoljenog lišavanja života. To su: odbrana od nezakonitog nasilja (samoodbrana i odbrana drugog lica), hapšenje, sprečavanje bekstva, ugušenje pobune ili ustanka (ovaj poslednji osnov naročito je sporan). Sve ovo potvrđuje da čak i međunarodni dokumenti relativizuju pravo na život. Krivični zakони, takođe, pokazuju da pravo na život podleže ograničenjima. Tako, osnovi koji isključuju postojanje krivičnog dela postavljaju granice krivičnopravnoj zaštiti života. To su: nužna odbrana, krajnja nužda, pristanak lica, dozvoljeni rizik. U nekim zemljama, doduše van evropskih zemalja postoji i smrtna kazna (izuzev Belorusije, koja jedina na evropskom kontinentu ima smrtu kaznu).

Savremeno krivično pravo se nalazi pred mnogobrojnim izazovima. Pogledajmo samo slučaj eutanazije, tj. ubistva na zahtev. Kakav krivičnopravni status dati toj pojavi. Krivični zakonik Srbije zabranjuje oduzimanje života i onda

kada postoji pristanak ili zahtev nekog lica, kao i u slučaju zahteva osobe koja je neizlečivo bolesna. Ali to ne znači da te okolnosti nisu od značaja. Lišenje života iz samilosti predstavlja privilegovano ubistvo. Ako nisu ispunjeni uslovi za primenu inkriminacije iz člana 117, postojanje zahteva može biti okolnost koja se uzima u obzir prilikom odmeravanja kazne za krivično delo ubistva. Sa ovim pitanjima blisko je povezano i pitanje ko je titular prava na život. Ako je to svaki pojedinac, zašto on onda ne bi mogao slobodno da raspolaže svojim pravom. Ovde, očigledno, opšti, društveni interesi imaju primat nad individualnim dobrima i vrednostima. Zakonodavac u sferi zaštite života zalazi u subjektivna prava pojedinca da bi ga bolje zaštitio.

Krivični zakonik Srbije štiti pravo na život, pre svega, inkriminacijama koje se odnose na obično ubistvo, teška (kvalifikovana) ubistva i privilegovana ubistva. Svoj značaj ima i inkriminacija nedozvoljenog prekida trudnoće koja se odnosi na uništenje ploda, tj. čovekovog začetka. Pravo na život se štiti i kroz neka druga krivična dela uperena protiv nekih opštih vrednosti (krivična dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti, protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom, protiv zdravlja ljudi).

U vezi sa zaštitom prava na život, kao osnovnog ljudskog prava, u našoj praksi, retko su se pojavljivali problemi kada je u pitanju slovo Krivičnog zakonika. Moguće su, naravno, neke izmene *de lege ferenda* Krivičnog zakonika koje bi upotpunile zaštitu prava na život (Kolarić, 2008: 377–383). Da je ustavnosudska zaštita komplementarna krivičnopravnoj zaštiti, svedoči upravo ovaj deo rada. Bez obzira što je praksa Ustavnog suda zasnovana na shvatanjima izraženim u odlukama ESLJP mi ćemo, ipak, prethodno izložiti nekoliko odluka Ustavnog suda Srbije koje se odnose na zaštitu prava na život, a potom praksu ESLJP.

Ustavni sud je u odluci *Už 4077/2010* istakao da u slučaju povrede nekog prava koje spada u tvrdo jezgro ljudskih prava postoji pozitivna obaveza države da sprovede delotvornu istragu. U pitanju je bila eksplozija u fabrici Grmeč u kojoj je poginuo sin podnosioca UŽ i još deset drugih lica. Ovde je podnositelj UŽ istakao samo povredu prava na suđenje u razumnom roku a ne i povredu prava na život. Usled toga je iskrasao problem u vezi sa mogućnošću primene garancija pravičnog suđenja, jer Ustav ne garantuje pravo da će se krivični postupak protiv trećih lica voditi, a garancije prava na pravično suđenje iz člana 32. Ustava mogu se priznati oštećenom, prema ustaljenoj ustavnosudskoj praksi, samo ako je u krivičnom postupku postavio imovinskopравни zahtev. Međutim, za ocenu dopuštenosti ustavne žalbe u konkretnom slučaju je od odlučujućeg značaja bila činjenica da je reč o postupku koji se vodio u vezi sa povredom prava na život koje je zajemčeno član 24. stav 1. Ustava. U pitanju je jedno od prava koje utemeljuje slobodu i čije postojanje podrazumeva pozitivnu obavezu države

da preduzme sve potrebne mere kako bi se zaštitio život lica koje je pod njenom nadležnošću. Ova pozitivna obaveza države obuhvata materijalnopravni i procesnopravni aspekt.

Prema stavu ESLJP, pravo na život spada u „neprikosnovena, nedodirljiva“ ljudska prava koja se jemče svakom licu, u svim okolnostima i na svim mestima i ne može da bude predmet bilo kakvog ograničenja ili derogiranja. Reč je o jednom od prava koje utemeljuje slobodu i čije postojanje podrazumeva pozitivnu obavezu države da preduzme sve potrebne mere kako bi se zaštitio život lica koje je pod njenom nadležnošću (videti presudu Evropskog suda za ljudska prava u predmetu „*L.C.B. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*“, od 9. juna 1998. godine, stav 36.). Ova pozitivna obaveza države obuhvata materijalnopravni i procesnopravni aspekt.

Sa materijalnopravnog aspekta, pozitivna obaveza države podrazumeva preduzimanje svih neophodnih mera kako do nasilne smrti ne bi došlo, a to pretpostavlja uspostavljanje pravnog okvira koji treba da pruži efikasnu zaštitu od pretnji usmerenih na pravo na život (videti, *mutatis mutandis*, presudu Evropskog suda za ljudska prava „*Osman protiv Ujedinjenog Kraljevstva*“, od 28. oktobra 1998. godine, st. 115. i 116.). Zbog toga je neophodno postojanje delotvornih krivičnih pravnih i drugih normi koje bi odvrćale od vršenja krivičnih dela protiv života lica, kao i procesnih mehanizama za sprečavanje, suzbijanje i kažnjavanje povreda tih normi (videti: presudu ESLJP „*Streletz, Kessler i Krenz protiv Nemačke*“ od 22. marta 2001. godine, stav 86.). Ova obaveza se proširuje i na preduzimanje preventivnih mera radi zaštite života, posebno u odnosu na opasne delatnosti koje potencijalno predstavljaju rizik za život (u tom smislu videti i presudu ESLJP „*Oneryildiz protiv Turske*“, od 30. novembra 2004. godine, stav 107.).

Posmatrana sa procesnopravnog aspekta, pozitivna obaveza države se, u slučaju kada je neko lice lišeno života, sastoji u sprovođenju nezavisne i delotvorne istrage (videti presudu ESLJP „*McKerr protiv Ujedinjenog Kraljevstva*“ od 4. maja 2001. godine, stav 111.), što podrazumeva postojanje efikasnog sudskog sistema u okviru kojeg će biti sproveden postupak koji ne mora nužno po svom karakteru da bude krivični.

Imajući u vidu da je u konkretnom slučaju reč o smrti 11 lica US je smatrao da je obaveza državnih organa bila da u okviru krivičnog postupka delotvorno istraže okolnosti pod kojima se događaj odigrao i da utvrde odgovornost određenih lica. S obzirom da pravo na pravično suđenje iz člana 32. Ustava izvorno spada u kategoriju zaštitnih prava čiji *ratio* se nalazi u potrebi obezbeđenja delotvorne zaštite osnovih ljudskih prava, ono je u konkretnom slučaju predstavljalo dovoljan osnov za istraživanje okolnosti pod kojima je došlo do povrede prava na život. Na osnovu toga je Ustavni sud izveo zaključak da je oštećeni kao tužilac,

budući da dužina trajanja krivičnog postupka nije ispunila zahtev za brzim i efikasnim postupanjem u vezi sa rasvetljavanjem nasilne smrti njegovog sina, aktivno legitimisan za isticanje povrede prava na suđenje u razumnom roku iz člana 32. stav 1. Ustava. Ocenom okolnosti konkretnog slučaja utvrđeno je da je oštećenom kao tužiocu povređeno pravo na suđenje u razumnom roku iz člana 32. stav 1. Ustava.

U odluci UŽ 4527/2011 Ustavni sud je utvrdio povredu prava na život. Podnosiocima UŽ ubijeni su sinovi, na stražarskim mestima unutar kasarne na Topčideru, vojnici elitne jedinice – Gardijske brigade tadašnje Vojske Srbije i Crne Gore.

U ovom predmetu su podnosioci ustavne žalbe najpre istakli povredu prava na suđenje u razumnom roku iz člana 32. stav 1. Ustava, a u dopuni ustavne žalbe i povredu prava na život iz člana 24. stav 1. Ustava, zbog „nepostupanja nadležnih državnih organa u cilju rasvetljavanja svih okolnosti oko ubistva, a naročito otkrivanja i gonjenja učinioca“. Ustavni sud je konstatovao da je zahtev hitnosti iz člana 32. stav 1. Ustava sastavni deo člana 24. stav 1. Ustava u procesnom smislu. Stoga nije bilo neophodno da se dopuštenost ili osnovanost ustavne žalbe podnosioca prema pravu iz člana 32. stav 1. razmatra posebno.

Ustavni sud je činjenice konkretnog slučaja sagledao u svetlu procesnog aspekta prava na život, što je u načelu zahtevalo preduzimanje istražnih radnji koje mogu dovesti do utvrđenja identiteta odgovornih lica. S obzirom da ni nakon skoro osam godina od smrti sinova podnosilaca ustavne žalbe pretkrivični postupak nije okončan, niti se pouzdano znalo pod kojim okolnostima su oni nastradali i ko bi mogao biti odgovoran, Ustavni sud je zaključio da osnovna svrha ovakve „istrage“, koja je trebalo da osigura delotvorno sprovođenje zakona koji štite pravo na život, nije obezbeđena, čime je dovedeno u pitanje održavanje poverenja javnosti u vladavinu prava i pravnu sigurnost. Sledom iznetog, Ustavni sud je ocenio da je došlo do povrede procesnog aspekta prava na život iz člana 24. stav 1. Ustava.

U ovim odlukama Ustavni sud se bavio procesnim garancijama povrede prava na život tj. sagledavao je činjenice konkretnog slučaja u svetlu povrede procesnog, a ne materijalnopravnog aspekta prava na život.

Takođe, kada je u pitanju zaštita prava na život, kao što možemo da primetimo iz prethodnih slučajeva ustavna žalba je *ratione personae* dopuštena i kada su podnosioci srodnici lica koja su lišena života i ona se razmatra s aspekta prava na život. Ustavni sud je pošao od garancija koje Ustav predviđa u odredbi člana 24. stav 1. i konstatovao da Ustav jemči da je ljudski život neprikosnoven. Pravo na život je apsolutno pravo i osnovno je ljudsko pravo zajemčeno Ustavom. Po oceni Ustavnog suda, ovo pravo podrazumeva, pored ostalog, pozitivnu obavezu

države da preduzme sve potrebne mere kako bi se zaštitili životi lica koja su pod njenom nadležnošću. U tom pravcu postoji i izgrađena praksa ESLJP koji je predstavke srodnika lica koja su lišena života razmatrao s aspekta prava na život iz člana 2. EKLJP, jer nije sprovedena delotvorna i efikasna istraga u vezi sa smrću tih lica (vidi, pored ostalih, presude: „Šilih protiv Slovenije“ od 9. aprila 2009. godine; „Akdeniz i drugi protiv Turske“ od 31. maja 2001; „Mc Kerr protiv Ujedinjenog Kraljevstva“ od 4. maja 2001. godine).

Praksa ESLJP koja se odnosi na pravo na život se može svrstati u nekoliko grupa. U jednoj se nalazi pitanje eutanazije, u drugoj prava nerođene dece – fetusa, što je posebno interesantno i sa stanovišta našeg Krivičnog zakonika, u trećoj nastupanje smrti usled prekomerne upotrebe sile, u četvrtoj pitanje nestalih lica, u petoj grupi pitanja gubitka života izvan teritorije države, deportacija. Osvrnemo se ukratko samo na neke od pomenutih situacija.

Članom 2. štiti se pravo na život svakog ljudskog bića. Konvencija ne daje definiciju života niti kada on počinje ili se završava tj. ne određuje šta se smatra početkom života. Pitanje koje se postavilo u nizu slučajeva jeste da li se termin svako može primeniti na prenatalnu fazu? U slučajevima „H protiv Ujedinjenog Kraljevstva“, predstavka broj 8416/79; „H protiv Norveške“, predstavka broj 17004/90; „Boso protiv Italije“, predstavka broj 50490/99, ESLJP je doneo odluku da bi davanje fetusu istih prava koja imaju već rođene osobe dovelo do neopravdanog ograničavanja prava garantovanih članom 2. osoba koje su već rođene. ESLJP je istovremeno odbio da prihvati da se pravo na život proširi i na fetus, ali je uvažio pravo trudnice na poštovanje njenog privatnog života. Njena prava, kao osobe na koju trudnoća prvenstveno utiče i koja trpi posledice za vreme i posle trudnoće, prevagnula su u odnosu na prava oca deteta u nizu slučajeva koje je razmatrao ESLJP.

Sud je pitanja u vezi sa abortusom i pravima fetusa i nerođenog deteta najdetaljnije obradio u slučaju „Vo protiv Francuske“, predstavka br. 53924/00 koji je presuđen 2004. godine. Podnosilac predstavke bila je gospođa Thi-Nho Vo, državljanka Francuske vijetnamskog porekla, koja je u vreme kada se dogodio slučaj koji je doveo do pokretanja sudskog postupka bila u šestom mesecu trudnoće. Ona je 27. novembra 1991. godine bila na rutinskoj kontroli trudnoće u lionskoj Opštoj bolnici. Istog dana, druga žena, gđa Thi Than Van Vo, imala je zakazano skidanje spirale u toj istoj bolnici. Usled tragične zabune koja je nastala, jer su obe žene imale isto prezime, lekar koji je pregledao ženu koja je kasnije tužila probio joj je matericu, što je dovelo do curenja plodove vode, i ona je morala da se podvrgne abortusu. Tada je izgubila devojčicu, staru oko 20 nedelja, tešku 375 grama i dugačku 28 santimetara. Apelacioni sud je jednom oslobodio

lekara optužbe, a zatim ga je ipak osudio za ubistvo iz nehata. Najviši sud u Francuskoj je smatrao da činjenice iznete u ovom predmetu ne pružaju osnov za optužbu za ubistvo iz nehata jer fetus nije ljudsko biće koje ima pravo da bude zaštićeno krivičnim zakonodavstvom. Gospođa Vo se konačno obratila ESLJP, žaleći se na povredu člana 2. Konvencije, jer postupak doktora odgovornog za smrt njenog deteta *in utero* nije bio kažnjiv kao ubistvo iz nehata. Gospođa Vo je tvrdila da je dete koje je začeto nije običan zbir ćelija ili objekat, već ljudsko biće. Braneći logiku svojih sudova, francuska vlada je s pravom pred ESLJP podvlačila da ni medicina ni metafizika još uvek nisu odgovorile na pitanje kada fetus postaje ljudsko biće.

Sud se do ovog slučaja uzdržavao da odgovori na apstraktno pitanje da li je nerođeno dete osoba u smislu člana 2. EKLJP. S pravne tačke gledišta, problem u ovom predmetu bio je da se utvrdi da li „nepostojanje pravnog leka u krivičnom zakonodavstvu Francuske kojim bi se kaznilo uništenje fetusa iz nehata predstavlja propust države da zaštiti zakonom pravo na život u okviru člana 2 Konvencije“. Sud je konačno zaključio da, iako još nerođene osobe uživaju zaštitu u pogledu nasleđivanja i poklona, to još ne znači da imaju „pravo na život“ kakvo imaju oni koji su rođeni. Nerođeno dete ne smatra se „osobom“ koja je direktno zaštićena članom 2. Konvencije i da ukoliko nerođeno dete ima „pravo na život“, ono je implicitno ograničeno pravima i interesima majke. U ovom slučaju, gubitak željenog fetusa predstavlja povredu nanetu majci. Shodno tome, pravo na zaštitu koje je narušeno u ovom konkretnom predmetu pripada podnosiocu predstavke, a ne fetusu koji je izgubila.

Interesantno je i pitanje nestalih osoba tj. situacija u kojima se pojedinac odvede u pritvor u dobrom zdravlju i prilikom puštanja na slobodu se otkrije da je povređen, dužnost je države da pruži uverljivo objašnjenje o tome kako su povrede nastale, a ako to ne učini postavljaju se pitanja vezana za član 3. Konvencije. Da li će propust nadležnih organa da daju uverljivo objašnjenje o sudbini pritvorenika, ukoliko se ne nađe telo, takođe pokrenuti pitanja po članu 2. Konvencije, zavisi od okolnosti konkretnog predmeta, a posebno od postojanja dovoljno dokaza iz kojih se može zaključiti po propisanim standardima za dokazni postupak da se mora pretpostaviti da je lice lišeno slobode umrlo u pritvoru.

U predmetu „*Aktaš protiv Turske*“, predstavka broj 24351/94, pregledom žrtve *post-mortem* ustanovljeno je da je ona bila dobrog zdravstvenog stanja kada je odvedena u pritvor, a da je kasnije zadobila teške telesne povrede. Naknadni dokazi ukazivali su na smrt davljenjem. S obzirom na takve okolnosti slučaja, Sud je zaključio da je žrtva umrla nasilnom smrću za vreme boravka u policijskom pritvoru.

U predmetu „*Imakajeva protiv Rusije*“, predstavka broj 7615/02, ESLJP je izneo pretpostavku da je nestalo lice bilo lišeno slobode pod okolnostima koje se mogu smatrati opasnim po život, budući da se o njemu ništa nije znalo skoro četiri godine. Pored toga, ni tužilaštvo ni organi za sprovođenje zakona nisu preduzeli nikakve korake koje su bili dužni da preduzmu u prvih nekoliko dana ili nedelja po lišavanju lica slobode, a njihov stav pošto su obavešteni o njegovom zadržavanju u pritvoru samo je dodatno navodio na zaključak da je žrtva nestala posle lišenja slobode. Zvanični stav države i dobro argumentovana žalba podnosioca predstavke pružali su osnov za sumnju da je država barem prećutno odobravalala situaciju. Štaviše, ovakvo ponašanje državnih organa dovodilo je u sumnju i objektivnost sprovedene istrage. U kasnijim predmetima, možda pod uticajem dešavanja u međunarodnom pravu u ovoj oblasti, Sud se pokazao spremnijim da ispituje po članu 2. predmete u kojima je boravište nekog lica postalo nepoznato nakon hapšenja i lišavanja slobode.

ESLJP se bavio i pitanjem izručivanja osoba koje čeka smrtna kazna. U predmetu „*Sering protiv Ujedinjenog Kraljevstva*“, predstavka broj 14038/88, ESLJP je zaključio da bi izručenje od strane Ujedinjenog Kraljevstva ovog nemačkog državljanina američkoj državi Virdžiniji, gde ga je čekala optužnica za ubistvo, predstavljalo povredu njegovih obaveza propisanih članom 3. Evropske konvencije o ljudskim pravima koji zabranjuje mučenje, nehumano ili ponižavajuće postupanje i kažnjavanje. Evropski sud za ljudska prava ustanovio je da bi izručenje SAD-u podnosioca predstavke izložilo realnom riziku od postupanja koje je u suprotnosti sa članom 3. Sud je prilikom donošenja ovog zaključka uzeo u obzir vrlo dug period koji osuđenici obično provedu čekajući na pogubljenje, i to u ekstremnim uslovima, a uvažio je i lične okolnosti gospodina Seringa, naročito njegov uzrast i mentalno stanje u vreme izvršenja krivičnog dela. Pored toga, Sud je naglasio da se legitimna svrha ekstradicije može postići i drugim načinima koji ne podrazumevaju patnju takvog intenziteta i trajanja.

U predmetu „*Bader i drugi protiv Švedske*“, predstavka broj 13284/04, utvrđeno je da se pozitivna obaveza države iz član 2. proteže i na slučajeve gubitka života izvan teritorije države. U tom slučaju četvoročlanoj porodici sirijskih državljana odbijen je zahtev za azil u Švedskoj i izdato je naređenje o deportaciji u Siriju. Porodica je pokrenula postupak pred ESLJP tvrdeći da je otac porodice u Siriji optužen za saučesništvo u ubistvu i osuđen na smrtnu kaznu, tako da postoji realni rizik da će biti pogubljen ako bude vraćen u domovinu, što je u suprotnosti sa članovima 2. i 3. Evropske konvencije o ljudskim pravima. ESLJP je jednoglasno doneo zaključak da bi deportovanje podnosioca predstavke u Siriju predstavljalo povredu članova 2 i 3 Evropske konvencije o ljudskim pravima.

3. Zabrana mučenja

Zabrana mučenja, takođe, spada u nedodiriva prava koja čine tvrdo jezgro ljudskih prava.

Mučenje kao krivično delo je uvedeno u naše krivično zakonodavstvo kao rezultat usaglašavanja sa *Konvencijom protiv torture i drugih surovih, nehumanih i/ili ponižavajućih kazni i postupaka* koju je usvojila Generalna skupština Ujedinjenih UN⁷ i *Konvencijom o sprečavanju mučenja, nečovečnih i ponižavajućih postupaka i kažnjavanja* Saveta Evrope.⁸ Ranije su pojedine radnje koje se smatraju mučenjem bile delimično obuhvaćene inkriminacijom iznuđivanje iskaza, naročito njegovim težim oblikom (Stojanović, 2012: 388).

U srpskom jeziku za torturu se koristi izraz „mučenje“. Tortura je reč latinskog porekla i vuče koren iz glagola *torquor*, što znači pritiskati, okretati, zavrtati. Latinska imenica *tortura* bila je u upotrebi u rimskom pravu u značenju nanošenja bola i patnje, s namerom iznuđivanja priznanja ili informacije (Brnetić, 2009: 27). Ona, dakle, označava muku, mučenje, način da se stvaranjem jakih telesnih bolova dobije priznanje (Vujaklija: 1975: 960).

Konvencija protiv torture i drugih surovih, nehumanih i ili ponižavajućih kazni i postupaka UN-a pod izrazom „tortura“ označava svaki akt kojim se jednom licu namerno nanose bol ili teške fizičke ili duševne patnje u cilju dobijanja od njega ili nekog trećeg lica obaveštenja ili priznanja ili njegovog kažnjavanja za delo koje je to ili neko treće lice izvršilo ili za čije izvršenje je osumnjičeno, zastrašivanja tog lica ili vršenja pritiska na njega ili zastrašivanja ili vršenja pritiska na neko treće lice ili iz bilo kojeg drugog razloga zasnovanog na bilo kom obliku diskriminacije ako taj bol ili te patnje nanosi službeno lice ili bilo koje drugo lice koje deluje u službenom svojstvu ili na njegov podsticaj ili sa njegovim izričitim ili prećutnim pristankom. Taj izraz se ne odnosi na bol ili patnje koje su rezultat isključivo zakonitih sankcija, neodvojivih od tih sankcija ili koje te sankcije prouzrokuju.

U preambuli *Konvencije o sprečavanju mučenja, nečovečnih i ponižavajućih postupaka i kažnjavanja Saveta Evrope* države članice Saveta Evrope, potpisnice ove konvencije, pozivaju se na član 3. Konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda uverene da se zaštita osoba lišenih slobode od mučenja i nečovečnih ili ponižavajućih kazni ili postupaka može pojačati vansudskim sredstvima

7 Stupila na snagu 26. juna 1987. Naša zemlja je ratifikovala 1991. godine. Vidi: „Sl. List SFRJ – međunarodni ugovori“, br. 9/1991.

8 Stupila na snagu 1. februara 1989. Naša zemlja je ratifikovala 2003. godine. Vidi: „Sl. List SCG – međunarodni ugovori“, br. 9/2003.

preventivnog karaktera koja se zasnivaju na posetama osobama lišenim slobode. Shodno članu 1. Konvencije, ustanovljen je Evropski komitet za sprečavanje mučenja i nečovečnih ili ponižavajućih kazni ili postupaka (u daljem tekstu: Komitet/CPT), koji putem poseta osobama lišenim slobode ispituje kako se prema njima postupa sa ciljem da, ukoliko je potrebno, poveća zaštitu tih osoba od mučenja i nečovečnih ili ponižavajućih kazni ili postupaka. Članom 2. Konvencije određeno je da je svaka država članica dužna da dozvoli da se, u skladu sa Konvencijom, sprovedu posete osobama koje su javne vlasti lišile slobode u svakom mestu koje je u okviru njene nadležnosti. Komitet organizuje posete mestima na kojima se nalaze lica lišena slobode da bi ocenio kako se postupa prema njima. Takva mesta su zatvori, ustanove za maloletnike, policijske stanice, centri za smeštaj pritvorenih imigranata, psihijatrijske bolnice, ustanove socijalne zaštite i slično.

*Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*⁹ u članu 3. ističe da „niko neće biti podvrgnut mučenju, nečovečnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju.“ Ova Konvencija pravi razliku između pojmova „mučenje“, „nečovečno“ ili „ponižavajuće“ postupanje ili kažnjavanje. Kako bi određeni vid ponašanja spadao u domen člana 3. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, potrebno je, pre svega, da se dostigne određen minimalni nivo okrutnosti koji se procenjuje u svakom konkretnom slučaju. Kako je istaknuto ne postoje nikakve okolnosti koje bi opravdale mučenje, nehumano, ponižavajuće postupanje ili kažnjavanje.

Ustav Republike Srbije jamči određena prava i slobode građana od kojih mnoga po svojoj prirodi zahtevaju i krivičnopravnu zaštitu. Po članu 26. Ustava niko ne sme biti podvrgnut mučenju, ponižavajućem kažnjavanju ili nečovečnom postupanju.

U tom smislu, *Krivični zakonik Srbije* članom 137. određuje krivično delo zlostavljanje i mučenje.¹⁰

9 „Službeni list SCG – međunarodni ugovori“, br. 9/2003.

10 Precizan naziv krivičnog dela iz člana 137. KZ je „Zlostavljanje i mučenje“. Tu se zapravo radi o dva zasebna krivična dela, pa *de lege ferenda* treba razmišljati o njihovom razdvajanju u posebne inkriminacije. To bi bilo opravdano s obzirom na velike razlike između ova dva oblika ponašanja koje se ogledaju, pre svega, u težini dela, *ratio legis* im je različit, a i trebalo bi, prema grupnom zaštitnom objektu, da budu svrstana u različite delove KZ. Zlostavljanje predstavlja takav oblik delovanja na telo čoveka kojim se još ne prouzrokuju ni lake telesne povrede (npr. šamaranje, vučenje za kosu, guranje i dr). Prema zakonskom određenju delo se sastoji u zlostavljanju drugog ili postupanju na način kojim se vređa ljudsko dostojanstvo. Zbog toga, predlozi da zlostavljanje treba da bude generički pojam i da se njime obuhvata i mučenje i nečovečno i ponižavajuće postupanje neodgovaraju duhu našeg jezika i dugogodišnjem doktrinarnom tumačenju i shvatanju pojma zlostavljanja. I ovde dolazi do izražaja sukob između tradicionalnog određenja pojma zlostavljanja u

Ne postoji jedinstvena definicija mučenja na međunarodnom i regionalnom planu. Međutim, na osnovu tekstova različitih konvencija, kao i sudske prakse *Evropskog suda za ljudska prava* (ESLJP) moguće je izdvojiti tri osnovna elementa bitna za njegovo postojanje: nanošenje velikog bola ili teških patnji (fizičkih ili psihičkih); bitno je da se to čini sa umišljajem; i sa posebnim ciljem, npr: dobijanje informacija, zastrašivanje i sl. Dakle, elementi bića subjektivnog karaktera obuhvataju, osim umišljaja, i postizanje nekog cilja. Do unošenja inkriminacije mučenja u naše krivično zakonodavstvo Krivični zakonik je samo delimično obuhvatao radnje koje su navedene u Konvencijama (najviše kroz teži oblik krivičnog dela iznudiavanje iskaza). Delo je sistematizovano u grupi krivičnih dela protiv sloboda i prava čoveka i građanina. U npr. Hrvatskoj se krivično delo „*Mučenje i drugo okrutno, neljudsko ili ponižavajuće postupanje ili kažnjavanje*“ nalazi u grupi krivičnih dela protiv čovečnosti i ljudskog dostojanstva što, čini nam se, ima više osnova.

Ustavni sud je u odluci *Už 4100/2011* ustanovio da je podnosiocu ustavne žalbe povređeno pravo na nepovredivost fizičkog i psihičkog integriteta iz člana 25. Ustava RS. Naime, u sprovedenom postupku nesporno je utvrđeno da su prema podnosiocu od strane pripadnika Službe za obezbeđenje Okružnog zatvora u Beogradu, primenjene mere prinude – fizička sila i gumena palica. Sud kontatuje da je upotrebi prinude prethodila povreda kućnog reda od strane podnosioca i to „zloupotreba telefonskog razgovora“, te da je podnosiocu naloženo više puta da uđe u sobu, što je on odbio, nakon čega su, zbog daljeg pružanja aktivnog i pasivnog otpora, tri stražara prema podnosiocu primenila prinudu. Iz utvrđenih činjenica, Ustavni sud konstatuje da je nakon opisanog događaja, podnosilac istog dana bio pregledan od strane zavodskog lekara, te da je u izveštaju lekara na telu podnosioca konstatovan veći broj hematoma, različitih veličina, kao i da je narednog dana urađen kontrolni pregled. Ustavni sud nalazi da su, u opisanim okolnostima, primenjene mere prinude nad podnosiocem, kao i stepen i težina zadobijenih povreda dovoljno ozbiljne, te da se ovakvo postupanje može podvesti pod član 25. Ustava. Jačina upotrebljene sile koja je dovela do brojnih povreda na telu podnosioca, i to najviše na njegovim leđima, upućuje na zaključak da je u konkretnom događaju upotreba sredstava prinude bila prekomerna, odnosno

srpskom jeziku i onoga na šta nailazimo u radovima i publikacijama različitih eksperata za međunarodno pravo koji koriste izraz mučenje i zlostavljanje, najčešće kao sinonime (*torture and ill-treatment*) ili na mučenje gledaju kao na oblik zlostavljanja što ne bi bilo precizno, barem sa stanovišta naše krivičnopravne teorije. U zamku je upao i Ustavni sud Srbije (Už 4100/2011) ističući da zlostavljanje predstavlja opšti pojam za pojavne oblike utvrđene odredbama člana 25. Ustava i člana 3. Evropske konvencije (mučenje, nečovečno ili ponižavajuće postupanje ili kažnjavanje).

nesrazmerna (nezakonito kažnjavanje). Iako je i ovog puta podnosilac svojim ponašanjem „isprovocirao“ upotrebu prinude, Ustavni sud ocenjuje da opisan aktivni i pasivni otpor koji je podnosilac tom prilikom pružao, svakako ne može opravdati brojnost i težinu nanetih povreda. Takođe, Ustavni sud smatra da je od značaja i to da su mere prinude primenila tri stražara, te da nema dokaza da je zbog aktivnog otpora koji je pružao podnosilac, bilo koji od stražara zadobio povrede. Stoga je Ustavni sud ocenio da je takvo postupanje moralo kod podnosioca uzrokovati fizičku i psihičku patnju koja je nespojiva sa zabranom mučenja garantovanom članom 25. Ustava.

Ustavni sud je konstatovao da odredbe člana 25. Ustava garantuju nepovredivost fizičkog i psihičkog integriteta i jemstvo da niko ne može biti izložen mučenju, nečovečnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju, kao i da je ista garancija sadržana u članu 3. Evropske konvencije. Navedene odredbe u sebi sadrže garanciju poštovanja i zaštite materijalnog i procesnog aspekta ovog prava.

Kada je reč o materijalnom aspektu prava na nepovredivost fizičkog i psihičkog integriteta i zabrane zlostavljanja, Sud ukazuje da ovo pravo predstavlja jednu od osnovnih vrednosti demokratskog društva, te da se njime apsolutno zabranjuje svaki oblik zlostavljanja, nezavisno od okolnosti i ponašanja žrtve, te da priroda krivičnog dela koju je (navodno) učinio (prитvorenik) zatvorenik ne može biti opravdanje za zlostavljanje. Ustavni sud konstatuje da ovo pravo pojedinca, za predstavnike državnih organa, stvara obavezu da se uzdrže od radnji kojima se povređuje psihički i fizički integritet lica koje se nalazi u pritvoru ili na izdržavanju kazne zatvora, odnosno da se uzdrže od izlaganja tog lica mučenju, nečovečnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju. Sud dalje naglašava da, prilikom postupanja sa pritvorenikom ili zatvorenikom (licem lišenim slobode), nadležni državni organi moraju voditi računa o tome da svako pribegavanje fizičkoj sili koja nije neophodna zbog njegovog ponašanja (aktivnog ili pasivnog otpora) u načelu može dovesti do ugrožavanja ili povrede njegovog fizičkog i psihičkog integriteta, odnosno dovodi u pitanje jemstvo zabrane zlostavljanja (videti: presudu Evropskog suda za ljudska prava u predmetu „Hajnal protiv Srbije“, predstavka broj 36937/06, od 19. juna 2012. godine, stav 80.).

S druge strane, postoji pozitivna obaveza nadležnih državnih organa da poštuju i zaštite procesni aspekt prava iz člana 25. Ustava i člana 3. Evropske konvencije, a koji podrazumeva obavezu nadležnih državnih organa da sprovedu delotvornu zvaničnu istragu u slučaju kada lice koje se nalazi u pritvoru ili na izdržavanju kazne zatvora iznosi uverljive navode da je od strane službenih lica pretrpelo neki od oblika zlostavljanja. Ova obaveza postoji čim se podnese zvanična

pritužba sa uverljivim navodima, i to bez obzira na način istrage, odnosno bez obzira na to kakva je propisana procedura postupanja po pritužbama.

Istraga se mora sprovesti čak i u situaciji kada formalno nema zvanične pritužbe, i to pod uslovom da postoje dovoljno jasne naznake da je od strane službenih lica prema pritvoreniku ili licu na izdržavanju kazne zatvora primenjeno zlostavljanje. Ovo iz razloga što je potrebno „uzeti u obzir posebno osetljiv položaj žrtava i činjenicu da će ljudi koji su bili izloženi ozbiljnom zlostavljanju biti manje spremni ili voljni da podnesu pritužbu“ (videti: presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetima „*Otašević protiv Srbije*“, predstavka broj 32198/07 od 5. februara 2013. godine, stav 30, „*Stanimirović protiv Srbije*“, stav 39. i „*Bati i drugi protiv Turske*“, predstavka broj, 33097/96 i 57834/00, od 3. juna 2004. godine, stav 133.).

Ona treba da bude sprovedena na način koji može dovesti do identifikacije i kažnjavanja odgovornih, kako bi zadovoljila standard delotvornosti. U suprotnom bi ustavna zabrana mučenja i nečovečnog i ponižavajućeg postupanja i kažnjavanja bila nedelotvorna u praksi, te bi, u „nekim slučajevima službena lica mogla zloupotrebiti prava onih pod njihovom kontrolom, praktično bez kažnjavanja“ (videti: presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetima „*Otašević protiv Srbije*“, stav 31. i „*Labita protiv Italije*“, stav 131.).

S druge strane, Sud konstatuje da obaveza sprovođenja delotvorne istrage nije po svom obimu obaveza rezultata, već obaveza sredstava, te da je u tom smislu prevashodno potrebno da su nadležni državni organi „preduzeli sve razumne korake koje su imali na raspolaganju da obezbede dokaze u vezi sa događajem“ (videti: presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetima „*Milanović protiv Srbije*“, predstavka broj 44614/07 od 14. decembra 2010. godine, stav 86. i „*Mađer protiv Hrvatske*“, stav 111.).

Pored navedenih zahteva, Ustavni sud konstatuje da nadležni državni organi moraju istragu sprovesti temeljno, odnosno da moraju uvek ozbiljno pokušati da otkriju šta se desilo i ne bi trebalo da se oslanjaju na ishitrene ili neosnovane zaključke da bi istragu završili, niti bi takve zaključke trebalo da koriste kao osnov za svoje odluke. Po oceni Ustavnog suda, temeljna istraga svakako podrazumeva uzimanje detaljnih izjava od navodne žrtve, izjave svedoka, određivanje dodatnih medicinskih veštačenja, pri čemu svaki nedostatak istrage koji utiče na utvrđivanje uzroka nastanka povreda ili otkrivanje odgovornih osoba, predstavlja rizik da istraga neće zadovoljiti ovaj standard (videti: presudu Evropskog suda za ljudska prava u predmetu „*Mađer protiv Hrvatske*“, stav 112.). Takođe, istraga mora biti sprovedena hitno, i to od strane nezavisnih nadležnih organa koji

nisu bili uključeni u navodno zlostavljanje. Najzad, da bi zadovoljila standard delotvornosti, Sud konstatuje da istraga mora da omogući dovoljan element uvida javnosti da bi obezbedila odgovornost, te iako „stepen traženog uvida javnosti može da varira, onaj ko se pritužuje mora da dobije delotvoran pristup istražnom postupku u svim slučajevima (videti: presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetima „*Otašević protiv Srbije*“, stav 31, i „*Bati i drugi protiv Turske*“, stav 137.).

Za razliku od navedenog člana 25. Ustava i člana 3. Evropske konvencije koji ne govore izričito o garancijama materijalnog i procesnog aspekta zabrane zlostavljanja, Konvencija UN izričito sadrži ove garancije. Tako je članom 2. Konvencije UN predviđena obaveza svake države članice da preduzima zakonske, administrativne, sudske ili druge efikasne mere kako bi sprečila izvršenje akata torture na teritoriji pod njenom jurisdikcijom, a članom 4. da će svaka država članica nastojati da se prema njenom krivičnom pravu svi akti torture smatraju krivičnim delima. Takođe, Konvencija UN u članu 6. izričito propisuje obavezu država članica da obezbede hapšenje lica za koje se sumnja da je izvršilo akt torture, kao i da neodložno vrši istragu radi utvrđivanja činjenica. U istoj odluci, Ustavni sud je konstatovao da prilikom postupanja sa pritvorenikom ili zatvorenikom svakako postoje situacije navedene i u članu 128. Zakona o izvršenju krivičnih sankcija u kojima je, zbog njegovog ponašanja, upotreba prinude zakonita i dozvoljena, i koje mogu dovesti do nastanka povreda, odnosno koje pritvorenik ili zatvorenik doživljava kao povredu njegovog fizičkog i psihičkog integriteta (videti: presudu Evropskog suda za ljudska prava u predmetu „*Gömi i drugi protiv Turske*“, predstavka broj 35962/97, od 21. decembra 2006. godine, stav 77.). Međutim, dozvoljenu upotrebu sredstava prinude treba razlikovati od situacije kada primena sredstava prinude, nezavisno od ponašanja pritvorenika ili zatvorenika, prelazi dozvoljene granice i kada dovodi u pitanje jemstvo zabrane zlostavljanja (videti: presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetima „*Berliński protiv Poljske*“, predstavka broj 27715/95 i 30209/96, od 20. juna 2002. godine, st. od 57. do 65. i „*Gladović protiv Hrvatske*“, predstavka broj 28847/08, 10. maja 2011. godine, stav 37.). Drugim rečima, upotreba sile i sredstava prinude može biti potrebna da bi se osigurala bezbednost zatvora, održao red ili sprečili zločini u kaznenim ustanova, ali takva se sila i prinuda može upotrebiti samo ako je neophodna, pri čemu ne sme biti prekomerna (videti: presudu Evropskog suda za ljudska prava u predmetu „*Ivan Vasilev protiv Bugarske*“, predstavka broj 48130/99, od 12. aprila 2007. godine, stav 63.). S tim u vezi, Ustavni sud je ukazao i da je odredbama ZIKS propisano da je kažnjiva prinuda prema licu prema kome se izvršava sankcija ako je nesrazmerna potrebama njenog izvršenja, te da

su zabranjeni i kažnjivi postupci kojima se lice prema kome se izvršava sankcija podvrgava bilo kakvom obliku mučenja, zlostavljanja i ponižavanja.

U skladu sa praksom ESLJP Ustavni sud je u ovom slučaju konstatovao da mučenje mora dostići minimalni stepen težine, odnosno patnje i okrutnosti postupanja, da bi se moglo podvesti pod ocenu člana 25. Ustava i člana 3. Evropske konvencije, te da je procena tog minimalnog nivoa relativna i zavisi od svih okolnosti konkretnog slučaja, a najviše od trajanja mučenja, fizičkih i duševnih posledica, a u nekim slučajevima, od značaja su i pol, starost i zdravstveno stanje žrtve, kao i motivi i ciljevi takvog postupanja (videti: presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetima „*Labita protiv Italije*“, stav 120, „*Gladović protiv Hrvatske*“, stav 34. i „*Mađer protiv Hrvatske*“, stav 106.).

Takođe, tvrdnje o zlostavljanju moraju biti potkrepljene odgovarajućim dokazima, te da, u skladu sa praksom Evropskog suda za ljudska prava, koju prihvata i Ustavni sud, tvrdnje o zlostavljanju moraju biti dokazane „van razumne sumnje“. Kada je reč o teretu dokazivanja navoda o zlostavljanju, Ustavni sud konstatuje da teret dokazivanja, kao i u slučaju tvrdnji o povredi drugih prava, prvenstveno leži na podnosiocu ustavne žalbe, navodnoj žrtvi zlostavljanja, koji, kao što je rečeno, mora takve tvrdnje podupreti odgovarajućim dokazima. Međutim, u slučaju kada se sporni događaji o navodnom zlostavljanju nalaze u potpunosti ili pretežno u okvirima „zaštićenih saznanja“ nadležnih državnih organa, kao što je svakako slučaj sa licima koja su u pritvoru ili zatvoru, može se pojaviti jaka pretpostavka postojanja činjenica o pitanju nastanka povreda do kojih je došlo tokom trajanja pritvora ili na izdržavanju kazne zatvora. U tom slučaju, Sud smatra da se obaveza dokazivanja jednim delom mora prebaciti na nadležne državne organe, koji moraju pružiti i obezbediti „zadovoljavajuće i ubedljivo objašnjenje“ za nastanak takvih povreda (videti: presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetima: „*Salman protiv Turske*“, stav 100. i „*Sunal protiv Turske*“, predstavka broj 43918/98, od 25. januara 2005. godine, stav 41.).

U dosadašnjoj praksi Ustavni sud nije određivao značenje pojmova iz člana 25. Ustava, već se rukovodio definicijom mučenja iz Konvencije UN, kao i praksom Evropskog suda za ljudska prava i autonomnim pojmovima izgrađenim od strane tog suda. ESLJP u svojim presudama često upućuje na definiciju mučenja datu u članu 1. st. 1. Konvencije UN protiv mučenja. Posebnu pažnju treba obratiti na presudu u slučaju „*Selmouni protiv Francuske*“, koja je označila značajan pomak u precedentnom pravu. U tom slučaju, Sud, koji je zasadao kao Veliko veće, ponudio je novu, širu definiciju pojma „mučenja“ u sledećem stavu: „Da bi se odlučilo da li postoji mučenje, Sud mora imati na umu postavljeno razlikovanje, sadržano u članu 3, između ovog pojma i pojma nečovečnog i ponižavajućeg

postupanja. Povlačenjem ovog razlikovanja, daje se posebno mesto namernom nečovečnom postupanju koje je dovelo do ozbiljne i svirepe patnje. U presudi se dalje skreće pažnja na *Konvenciju Ujedinjenih nacija o sprečavanju mučenja i drugih oblika svirepih, nečovečnih i ponižavajućih postupaka ili kazni*, koja takođe poznaje ovakvo razlikovanje: po ovoj Konvenciji, pojam „mučenje“ označava svaki čin kojim se nekom licu namerno nanosi jak bol i velika patnja, fizička ili duševna, s ciljem da se od njega ili od nekog trećeg lica dobiju obaveštenja ili priznanja, da se kazni za neko delo koje je ono ili neko treće lice učinilo, ili se sumnja da ga je učinilo, da se uplaši ili da se na njega izvrši pritisak, ili da se neko treće lice uplaši i na njega izvrši pritisak, ili iz bilo koje druge pobude zasnovane na bilo kakvom obliku diskriminacije, kad takav bol ili takve patnje nanosi službeno lice ili neko drugo lice koje deluje po službenoj dužnosti, ili na osnovu izričitog naloga ili pristanka službenog lica (Ditertr, 2006: 60).

Prema praksi ESLJP, mučenje predstavlja postupanje koja je učinjeno sa namerom da se, zarad određenog cilja, nekom licu nanese veoma ozbiljne, teške i surove fizičke i duševne patnje i bol. Nečovečno ili ponižavajuće postupanje se od mučenja razlikuju po intenzitetu nanetog bola i patnje. Evropski sud je „smatrao da je postupanje bilo „nečovečno“ zato što je, između ostalog, bilo učinjeno s umišljajem, trajalo je satima bez prekida i izazvalo je ili stvarnu telesnu povredu ili intenzivnu psihičku i duševnu patnju, a bilo je i „ponižavajuće“ zato što je kod žrtava izazivalo osećaj straha, duševnog bola i inferiornosti koji je mogao da ih ponizi i degradira i možda slomi njihovu fizičku i moralnu otpornost (presuda u slučaju „*Irska v. Ujedinjeno Kraljevstvo*“, „*Soering v. Ujedinjeno Kraljevstvo*“ od 7. jula 1989). Takođe, stalna duševna uznemirenost, prouzrokovana pretnjom od fizičkog nasilja i očekivanjem istog, na isti način prelazi prag člana 3. Konvencije.¹¹

Svi oblici se međusobno razlikuju po intenzitetu nanete patnje i bola, kao i nameri da se patnja i bol prouzrokuju sa određenim ciljem, najčešće radi dobijanja obaveštenja, priznanja ili kažnjavanja. Tako je kod mučenja neophodno postojanje namere da se nanese fizičke i duševne patnje i bol visokog intenziteta, sa određenim ciljem, dok kod nečovečnog postupanja ili kažnjavanja nije neophodno niti odlučujuće postojanje ovakve namere. Takođe, kada je reč o ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju, potrebno je postojanje cilja da se određeno lice ponizi, te da je reč o postupanju koje kod žrtve stvara osećaj straha, duševnog bola i inferiornosti.

11 „*Rodić i drugi protiv Bosne i Hercegovine*“, predstavka broj 22893/05.

Da bi kažnjavanje ili postupanje koje je sa njim povezano bilo „nečovečno“ ili „ponižavajuće“, patnja ili poniženje o kojem se govori mora u svakom slučaju da prevazilazi nužni element patnje ili ponižavanja koji je skopčan sa legitimnim postupanjem ili kažnjavanjem. Pitanje da li je cilj postupanja bio da se žrtva ponizi ili degradira je još jedan činilac koji bi trebalo imati u vidu; presuda u slučaju „*Raninen v. Funska*“ od 16. decembra 1997 (Ditertr, 2006: 60).

Pored strogosti postupanja važan je i element cilja, što je istaknuto u slučaju „*Salman v. Turska*“ jer se mučenje vrši sa ciljem da se od nekog lica, *inter alia*, dobiju obaveštenja ili da se to lice kazni ili uplaši.

Treba napomenuti da je Sud poveo računa da istakne kako je pojam jake patnje relativan. Tako se u presudi u slučaju „*Dikme protiv Turske*“ (11. jul 2000. podnesak 20869/92, stavovi 94–96) navodi: „Kao što je Sud ranije ustanovio, kriterijum „jačine“ koji se pominje, jeste, po prirodi stvari, relativan i da on zavisi od svih okolnosti datog slučaja, kao što su trajanje radnje, fizičke i/ili duševne posledice i, u nekim slučajevima, pol, starost i zdravstveno stanje žrtve. U ovom slučaju prvi predlagač nesumnjivo je živio u permanentnom stanju fizičkog bola i zabrinutosti za svoju sudbinu i zbog udarca koji su mu više puta naneti tokom dugog ispitivanja i kojima je bio izložen za sve vreme boravka u policijskom pritvoru. Sud smatra da su takav postupak državni službenici namerno odredili za prvog predlagača da bi od njega iznudili priznanje i dobili obaveštenja o krivici za koju je osumnjičen. U tim okolnostima Sud smatra da je nasilje primenjeno nad prvim predlagačem, u celini gledano, a imajući u vidu cilj i trajanje postupka, bilo naročito ozbiljno i svirepo i da je moglo da dovede do „jakog“ bola i patnje. Ovakvo postupanje, na taj način, sačinjava mučenje u onom smislu u kojem je to naznačeno u članu 3. Konvencije“ (Ditertr, 2006: 60).

Ovom odlukom US je utvrdio da je podnosiocu tokom trajanja pritvora u Okružnom zatvoru u Beogradu i na izdržavanju kazne zatvora u KZP Požarevac – Zabela povređen i materijalni i procesni aspekt prava iz člana 25. Ustava. Ustavni sud je pošao od prethodno navedenih definicija i ocenio da je u opisanim događajima prema podnosiocu postupano nečovečno. Naime, podnosilac je nesporno zadobio stvarne i ozbiljne telesne povrede koje su morale kod njega izazvati fizičku i psihičku patnju i bol, ali da nije dokazano da je u postupanju stražara bilo namere da mu se te povrede nanese radi određenog cilja. Takođe, kada je u pitanju procesni aspekt jasno je da nije sprovedena delotvorna zvanična istraga, te je tokom trajanja pritvora u Okružnom zatvoru u Beogradu i izdržavanja kazne podnosiocu povređen i procesni aspekt prava iz člana 25. Ustava.

U sledećoj odluci, UŽ 8791/2014, Ustavni sud je odbio ustavnu žalbu izjavljenu protiv radnji pet policijskih službenika Ministarstva unutrašnjih poslova

– Policijske uprave Kragujevac. U pogledu osnovanosti navoda o povredi materijalnog aspekta iz člana 25. Ustava podnosilac ustavne žalbe tvrdi da je prilikom lišenja slobode 9. februara 2009. godine tučen rukama i nogama, gušen i udaran bejzbol palicom od strane pet policijskih službenika Policijske uprave u Kragujevcu. U konkretnom slučaju je nesporno da su kod podnosioca ustavne žalbe konstatovane tri povrede (krvni podliv prednje strane grudnog koša, oguljotina desne nadlaktice i oguljotina iznad levog skočnog zgloba), koje su kvalifikovane kao lake telesne povrede.

Ustavni sud je utvrdio da je iz ovog događaja proistekao, pored ostalog, krivični postupak. Pri tome, US nije nadležan da preispituje način na koji su redovni sudovi cenili dokaze i utvrđivali činjenično stanje. Međutim, jeste nadležan da utvrđuje da li je postupak u celini bio pravičan, odnosno da ocenjuje da li su redovni sudovi postupali arbitrerno i proizvoljno. U smislu navedenog, Ustavni sud nije vezan nalazima redovnih sudova, a da bi odstupio od utvrđenih činjenica tih sudova potrebni su ubedljivi navodi podnosioca. Iako je podnosilac ustavne žalbe imao gore navedene povrede, redovni sudovi su policijske službenike oslobodili od optužbe da su izvršili krivično delo iznuđivanje iskaza. Tačnije, nadležni sudovi su zaključili da je nesporno da su kod podnosioca kvalifikovane lake telesne povrede, ali da navedena činjenica ne opredeljuje okrivljene kao izvršioce krivičnog dela koje im je stavljeno na teret, jer po oceni suda, a uzimajući u obzir dokaze izvedene tokom krivičnog postupka, ostaje sporna i u sumnji činjenica da li je oštećeni povrede zadobio kritičnom prilikom, od strane okrivljenih, ili na drugom mestu i na drugi način. Do ovakvog zaključka redovni sudovi su došli posebno uzimajući u obzir iskaze svedoka (istražnog sudije i zastupnika javne tužbe u krivičnom postupku u kome je navodno izvršeno iznuđivanje iskaza od podnosioca ustavne žalbe) koji su naveli da ni podnosilac ni njegov branilac nisu imali primedbe na rad službenih lica i da nisu uočili bilo šta što bi bilo protumačeno kao nehuman i neljudski odnos prema njemu, odnosno bilo kakvu torturu, tj. posledice torture. Takođe, nadležni sudovi su zaključili da je „nelogično i praktično nemoguće da je prema oštećenom primenjeno višesatno fizičko nasilje, kojom prilikom je korišćena i bejzbol palica, a da se kao posledica toga javljaju samo opisane lake telesne povrede, a koji stav suda dodatno pospešuje predmetno medicinsko veštačenje“. Imajući u vidu prethodno izneto, te činjenicu da podnosilac uz ustavnu žalbu nije dostavio dokaze koji bi doveli u pitanje stavove redovnih sudova, Ustavni sud je ocenio da nije došlo do povrede materijalnog aspekta prava iz člana 25. Ustava.

Kada je u pitanju ocena osnovanosti navoda o povredi procesnog aspekta prava iz člana 25. Ustava podnosilac ustavne žalbe tvrdi da nije bilo delotvorne istrage njegovog navodnog zlostavljanja. Podnosilac ustavne žalbe tvrdi da „i posle gotovo šest meseci“ od kada je sačinjen lekarski izveštaj o povredama koje je zadobio, nijedan državni organ nije inicirao odgovarajući postupak u kome bi se ozbiljno ispitali navodi o njegovom zlostavljanju, te da je sam, preko punomoćnika, 28. avgusta 2009. godine podneo

Iako se od podnosioca ustavne žalbe nije zahtevalo da sam krivično goni policijske službenike optužene za iznuđivanje iskaza (videti odluku „*Otašević protiv Srbije*“, broj 32198/07, od 5. februara 2013. godine, stav 25.), podnosilac je i pored toga preduzeo krivično gonjenje. Krivični postupak je započet 17. novembra 2009. godine, kada je istražni sudija doneo rešenje da se protiv policijskih službenika sprovede istaga po podnosiocевom zahtevu od 21. oktobra iste godine, a okončan je 28. oktobra 2014. godine, kada je oslobađajuća presuda postala pravnosnažna. U navedenom periodu je sprovedena istraga, podignuta je optužnica i odlučivano je o prigovorima protiv optužnice, te je zakazan i održan glavni pretres na kome su izvedeni brojni dokazi (saslušani su okrivljeni, podnosilac ustavne žalbe i šest svedoka, pročitani su nalaz i mišljenje veštaka specijaliste sudske medicine od 11. septembra 2010. godine, koji je i ispitan, i izvršen je uvid u izveštaj lekara Okružnog zatvora u Kragujevcu od 17. februara 2009. godine). Podnosilac ustavne žalbe je imao priliku da ispituje kako okrivljene, tako i veštaka i svedoke. Ustavni sud konstatuje da nema naznaka da je krivičnom postupku nedostajala transparentnost, niti da je redovnim sudovima nedostajala nepristrasnost.

Ustavni sud je iz navedenog zaključio da je prvostepeni sud preduzeo sve neophodne mere kako bi utvrdio da li su policijski službenici upotrebom preterane sile od podnosioca ustavne žalbe iznudili iskaz. Činjenica da su optuženi za iznuđivanje iskaza na kraju oslobođeni nije sama po sebi dovoljna da se utvrdi povreda prava iz člana 25. Ustava, budući da procesna obaveza iz navedenog člana nije obaveza cilja, već sredstva (videti presudu Evropskog suda za ljudska prava u predmetu „*Vladimir Fedorov protiv Rusije*“, broj 19223/04, od 30. jula 2009. godine, stav 67.).

U smislu prethodno utvrđenog, Ustavni sud je našao da je krivični postupak pred sudovima ispravio nedostatak adekvatne istrage drugih državnih organa (Ministarstva unutrašnjih poslova i nadležnog javnog tužilaštva), posebno iz razloga što su redovni sudovi, u kontradiktornom postupku, obradili sva relevantna pitanja i razmotrili sve relevantne dokaze.

Imajući u vidu prethodno izneto, Ustavni sud je ocenio da je istraga o navodnom zlostavljanju podnosioca ustavne žalbe bila delotvorna, te da nije došlo do povrede procesnog aspekta prava iz člana 25. Ustava.

ESLjP je istakao u više slučajeva da su lica koja se nalaze u pritvoru već u ranjivom položaju i da svaka upotreba fizičke snage protiv njih mora biti strogo neophodna što se procenjuje u svakoj situaciji konkretno. Ako stalno naglašavamo da član 3. predstavlja apsolutnu zabranu postavlja se pitanje kako „upotreba fizičke snage mora biti strogo neophodna“. ESLjP daje neke smernice u presudi u slučaju „*Tali protiv Estonije*“, predstavka broj 66393/10. Naime, zatvorski čuvari su 3. jula 2009. došli u čeliju podnosioca predstavke kako bi ga odveli u samicu u kojoj je trebalo da odsluži disciplinsku kaznu. Zatvorski čuvari su tada primenili fizičku silu, jer je on bio rešen da se suprotstavi prebacivanju u drugu čeliju. ESLjP je utvrdio da primena sile nije prekoračila ono što je bilo neophodno zato što sam podnosilac predstavke ne negira da je pružio otpor zatvorskim čuvarima u trenutku kada su oni izvršavali na zakonu zasnovanu naredbu i da su oni tada pribegli samo tehnikama imobilizacije. Ali u istoj odluci, kada je ESLjP sagledao drugi događaj koji se zbio 4. jula 2009, a koji se odnosio na vezivanje podnosioca predstavke za specijalni krevet za vezivanje zatvorenika ustanovljeno je da je upotreba kreveta za vezivanje zatvorenika bila neopravdana. Naime, podnosiocu predstavke-zatvoreniku je bilo naređeno da preda madrac zato što je utvrđeno da on na njega nema pravo. Podnosilac predstavke se tome usprotivio i kada su zatvorski čuvari ušli u samicu upotreбили su suzavac i udarali ga u leđa. Posle toga su ga vezali za krevet koji služi za vezivanje zatvorenika. ESLjP je ukazao da tu postoji alternativa (da se podnosilac predstavke vrati u njegovu samicu).

Na kraju ovog dela, želimo da još jednom istaknemo da ESLjP materijalni aspekt zabrane mučenja ceni ističući sledeće: da se član 3. Konvencije mora smatrati jednom od najosnovnijih odredaba Konvencije; da je član 3. Konvencije, suprotno ostalim odredbama u Konvenciji, formulisan u apsolutnom smislu, bez izuzetaka, uslova ili mogućnosti ograničenja prema članu 15. Konvencije; da prema utvrđenoj praksi mučenje mora da ima minimalni nivo ozbiljnosti kako bi potpadalo pod okvir člana 3. Konvencije; da je ocena tog minimalnog nivoa ozbiljnosti relativna, jer zavisi od svih okolnosti kao što su: trajanje postupanja, fizički i duševni uticaji na žrtvu, a u nekim slučajevima i pol, uzrast i zdravstveno stanje žrtve.

Garancija sadržana u članu 3. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kaže da niko ne može biti izložen mučenju, nečovečnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju. Navedeno jemstvo se ogleda

prvenstveno u obavezi da se svako, a pre svega predstavnici nadležnih državnih organa uzdrže od radnji kojima se povređuje psihički i fizički integritet lica, odnosno da se uzdrže od izlaganja lica mučenju, nečovečnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju, a čime se osigurava poštovanje materijalnog aspekta ovog prava.

U vezi procesnog aspekta, ESLJP je istakao sledeće: da kada neko lice tvrdi da je pretrpelo postupanje suprotno članu 3. Konvencije kod državnih organa, ta odredba, tumačena zajedno sa opštom obavezom prema članu 1. Konvencije, podrazumeva postojanje delotvorne zvanične; da bez obzira na način istrage, vlasti moraju postupiti čim se podnese zvanična pritužba; da čak i kada, striktno govoreći, pritužba nije podneta, istraga se mora početi ako postoje dovoljno jasne naznake da je bilo zlostavljanja (predmet *Stanimirović protiv Srbije*, predstavka broj 26088/06); da se od žrtava navodnih povreda ne traži da same krivično gone policajce osumnjičene za zlostavljanje, već je to dužnost javnog tužioca (predmeti *„Stojnšek protiv Slovenije“*, predstavka broj 1926/03, i *„Otašević protiv Srbije“*, predstavka broj 32198/07); da je Sud takođe utvrdio da bi istraga trebalo da dovede do identifikacije i kažnjavanja odgovornih; da bi, u protivnom, opšta zakonska zabrana mučenja i nečovečnog i ponižavajućeg postupanja i kažnjavanja bila nedelotvorna u praksi, a u nekim slučajevima službena lica bi mogla da zloupotrebe prava onih pod njihovom kontrolom, bez kažnjavanja u praksi; da istraga mora da bude temeljna; da organi moraju uvek ozbiljno da pokušaju da utvrde šta se desilo i ne bi trebalo da se oslanjaju na nagle ili neosnovane zaključke radi završetka istrage ili da na njima zasnivaju svoje odluke; da istraga mora biti brza i nezavisna; da, najzad, istraga mora pružiti dovoljan element javnog ispitivanja da se osigura odgovornost; da se stepen javnog ispitivanja može razlikovati, ali se licu koje se žali mora pružiti delotvoran pristup istražnom postupku u svim slučajevima. Ukratko, postoji pozitivna obaveza nadležnih državnih organa da poštuju i zaštite procesni aspekt navedenih prava, a koji podrazumeva obavezu nadležnih državnih organa da, u slučaju postojanja jasnih indicija da je lice koje se nalazi u pritvoru ili na izdržavanju kazne zatvora bilo izloženo nekom od oblika zlostavljanja, sprovede delotvornu, temeljnu, brzu i nezavisnu istragu koja bi trebalo da osigura identifikovanje i kažnjavanje odgovornih lica (videti: presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetima *„Stanimirović protiv Srbije“*, predstavka broj 26088/06, od 18. oktobra 2011. godine, *„Labita protiv Italije (VV)“*, predstavka broj 26772/95, od 6. aprila 2000. godine, *„V.D. protiv Hrvatske“*, predstavka broj 15526/10, od 8. februara 2012. godine, i *„Mađer protiv Hrvatske“*, predstavka broj 56185/07, od 21. septembra 2011. godine).

Inače, treba dodati da se procesni deo člana 3. može primeniti čak i ako su se materijalni događaji o kojima je reč zbili pre ratifikacije.¹² Isto tako, ako se posle ratifikacije utvrdi da okvir zakona koji je država donela nije predstavljao delotvornu zaštitu od opšte opasnosti takvog ponašanja (u jednom slučaju seksualnog zlostavljanja koje se zbilo 1973. godine u školi za osnovno obrazovanje), da li se tada može govoriti o suštinskom, materijalnom aspektu člana 3. i kako razmotriti pitanje odgovornosti države sa stanovišta činjenica i standarda koji su važili 1973. godine. ESLjP je stao na stanovište da ovakvo ponašanje (nastavnik je seksualno zlostavljao učenicu koja je pohađala nacionalnu osnovnu školu) spada u delokrug člana 3. jer je država morala biti svesna nivoa opasnosti seksualnih delikata nad maloletnicima u školama i svih potencijalnih opasnosti, a nema odgovarajućeg okvira zaštite. ESLjP je smatrao da je istraga pokrenuta čim je izneta pritužba, pa je podnositeljka bila u prilici da da izjavu. Zbog toga nije prekršen procesni aspekt člana 3. Međutim, ovde se postavlja pitanje primene Konvencije tokom vremena. Da li se kada je reč o materijalnom aspektu ipak postavlja pitanje odgovornosti države sa stanovišta činjenica i standarda koji su važili 1973. ili ne? Obaveza države da zaštiti decu od nasilja je imala svoje implikacije i tada. Neke sudije je mučilo pitanje da li svest o opštoj opasnosti od seksualnog zlostavljanja dece, koja je karakteristična za 21 vek treba pripisati državi u vreme kada svest o postojanju te pojave još nije doprla do javnosti do te mere da javnost na nju uopšte nije obraćala pažnju. Čini se da su sudije imale tu dilemu što govori i 80 stranica duga presuda gde se čak na 30 stranica nalaze izdvojena saglasna i nesaglasna mišljenja.

Što se tiče pozitivnog zakonodavstva i interakcije između Ustava i Krivičnog zakonika, uzimajući u obzir i praksu ESLjP, ima smisla mučenje inkriminisati kao zasebno krivično delo, tj. razdvojiti zlostavljanje i mučenje. Kada je u pitanju naziv inkriminacije predlaže se „Mučenje, nečovečno i ponižavajuće postupanje“. Međutim, i pored jurisprudencije Strazbura, nesporno je da naša inkriminacija mučenja obuhvata i radnju „mučenje“, i radnju „nečovečnog“ ili „ponižavajućeg“ postupanja ili kažnjavanja.

Smatramo da primenom sistematskog tumačenja treba razmisliti o mestu pravne norme u sistemu posebnog dela krivičnog prava.

12 „*Silih protiv Slovenije*“, predstavka broj 71463/01.

4. Kažnjavanje na osnovu zakona

Princip zakonitosti je, kao što smo ranije istakli, istovremeno princip ustavnopravnog i zakonskopravnog karaktera. U članu 34. Ustava Srbije istaknuto je da se niko ne može oglasiti krivim za delo koje pre nego što je učinjeno, zakonom ili drugim propisom zasnovanim na zakonu nije bilo predviđeno kao kažnjivo niti mu se može izreći kazna koja za to delo nije bila predviđena. Prema stavu 2. istog člana kazne se određuju prema propisu koji je važio u vreme kada je delo učinjeno, izuzev kada je kasniji propis povoljniji za učiniooca. Načelo legaliteta, svojim mestom u članu 1. Krivičnog zakonika, ukazuje na društveni i pravni značaj tvrdnje prema kojoj nema krivičnog dela niti kazne bez zakona. EKLjP u članu 7. st. 1. ove Konvencije ističe da se niko neće smatrati krivim za krivično delo učinjeno činjenjem ili nečinjenjem, koje u vreme izvršenja nije prema pravilima nacionalnog ili međunarodnog prava bilo krivično delo. Takođe, ne može se primeniti teža kazna od one koja je bila propisana u vreme izvršenja dela. U članu 7. st. 2. iste konvencije istaknuto je da ovaj član ne prejudicira suđenje i kažnjavanje nekog lica za činjenje ili nečinjenje koje se u vreme izvršenja smatralo krivičnim delom prema opštim načelima priznatim u civilizovanih naroda.

Načelo zakonitosti sadrži više garancija (*scripta, praevia, certa et stricta*) od kojih je u praksi US razmatrana zabrana retroaktivne primene krivičnog zakona. U predmetu *Už 445/2012* utvrđena je povreda pravne sigurnosti u kaznenom pravu zajemčena odredbom čl. 34, st. 2. Ustava Republike Srbije. S obzirom na ustavnu odredbu koja predviđa da se kazne određuju prema propisu koji je važio u vreme kad je delo učinjeno, izuzev kada je kasniji propis povoljniji za učiniooca (čl. 34, st. 2. Ustava), osnovno ustavnopravno pitanje je koji je zakon i iz kojih razloga bio povoljniji za podnositeljku ustavne žalbe u konkretnom slučaju. Budući da kazna zatvora za krivično delo za koje je podnositeljka ustavne žalbe osuđena nije bila propisana u vreme donošenja osporenih presuda, već je za isto bila propisana novčana kazna koja je po vrsti svakako blaža od kazne zatvora, Ustavni sud je našao da je podnositeljki ustavne žalbe povređeno pravo zajemčeno u čl. 34, st. 2. Ustava.

Povreda odredbe čl. 34, st. 2. Ustava utvrđena je i u slučaju *Už 1690/2011* kada je nakon izvršenog krivičnog dela propisan viši poseban minimum za krivično delo primanje mita, dok je posebni maksimum ostao nepromenjen. Ova odluka je značajna zbog stava Ustavnog suda da nije u njegovoj nadležnosti da ocenjuje vrstu izrečene kazne, niti njenu visinu, već je to u isključivoj nadležnosti redovnih

sudova. Međutim, obrazloženje osporene drugostepene presude je predstavljalo osnov da se ispita da li postoji povreda čl. 34, st. 2. Ustava, pošto je žalbeni sud preinačenje prvostepene presude i izricanje kazne zatvora u trajanju od jedne godine (umesto kazne zatvora u trajanju od šest meseci) argumentovao tvrdnjom da „ne postoje razlozi zbog kojih se kazna može ublažiti ispod zakonskog minimuma“. Na osnovu toga je Ustavni sud ocenio kao osnovanu tvrdnju podnosioca ustavne žalbe da je izrečena kazna u osporenoj drugostepenoj presudi određena prema zakonu koji je za njega nepovoljniji (Beširević i dr., 2017: 155).

Imajući u vidu član 34. stav 2. US je više predmeta utvrdio da se jemstva prava na pravnu sigurnost u kaznenom pravu iz člana 34. stav 2. Ustava odnose samo na individualno određivanje kazni, odnosno na način propisivanja kazni i krivičnih sankcija, ali ne i na izvršenje već određenih kazni. Stoga se ta jemstva tim manje odnose na odlučivanje o pravnim institutima koji, iako tokom trajanja suspenduju već izrečene kazne, nisu kazna, kao što je uslovni otpust. Naime, podnosilac *Už 2054/2012* je izneo tvrdnju da su postupajući sudovi, prilikom odlučivanja o molbi za uslovni otpust nakon izdržane jedne polovine izrečene kazne, primenili odredbu člana 46. stav 1. Krivičnog zakonika, iako je ta odredba izmenjena posle izvršenja krivičnog dela i nije blaža po učinioca, jer umesto izdržane polovine, kao jedan od uslova za uslovni otpust, propisuje izdržane dve trećine kazne zatvora. S tim u vezi, Ustavni sud je ukazao da institut uslovnog otpusta nije krivična sankcija iz člana 4. stav 1. KZ, niti je taj institut sadržan u članu 43 stav 1. tač. 1. do 4. KZ, koji enumerativno nabroja vrste kazni. Uslovni otpust je poseban krivičnopravni institut koji suspenduje kaznu i u tom pogledu ima slično dejstvo kao uslovna osuda, jer je upravo suština uslovnog otpusta da se deo izrečene kazne zatvora ne izvršava, odnosno da do izvršenja preostalog dela kazne zatvora dolazi samo izuzetno, u slučaju opoziva uslovnog otpusta, a ako do njega ne dođe smatra se da je osuđeni, i pored prevremenog puštanja na slobodu, izdržao kaznu. U prilog tome govori i praksa Evropske komisije za ljudska prava i ESLJP u okviru koje se pravi razlika između mera koje u materijalnom smislu predstavljaju kaznu i mera koje se odnose na izvršenje i primenu kazni. Saglasno tome, kada se priroda i cilj mere odnosi na odlaganje kazne ili promene u sistemu uslovnog otpusta, takve mere ne predstavljaju kaznu u smislu KZ-a. Imajući u vidu izneto, Ustavni sud je ustavnu žalbu odbacio.

Na sličnim osnovama je zasnovana i inicijativa *IUz- 117/2009* za pokretanje postupka za utvrđivanje neustavnosti i nesaglasnosti sa potvrđenim međunarodnim ugovorima Zakona o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela („Službeni glasnik RS“, broj 97/08) koja je odbačena. Osnovno pitanje koje se u vezi sa tim zakonskim rešenjima postavljalo, a iz kojeg izvire i ostala, po mišljenju

inicijatora, sporna pitanja, odnosi se na pravnu prirodu oduzimanja imovine proistekle iz krivičnog dela. Za podnosiocin inicijative je nesporno da je reč o kazni, pri čemu se takvo gledište posebno ne obrazlaže, osim argumentom da se ona izriče nakon pravnosnažne osuđujuće presude, što je čini kaznom u smisli člana 7. Evropske konvencije o ljudskim pravima. Sa tim u vezi, pravna sigurnost u kaznenom pravu podrazumeva, pored ostalog, da se nikome ne može izreći kazna koja za kažnjivo delo nije bila predviđena, pri čemu se kazna određuje prema propisu koji je važio u vreme kada je delo učinjeno, izuzev ako je kasniji propis povoljniji za učinioaca. Specifičnost krivičnih dela i krivičnih sankcija je u tome da se mogu odrediti samo zakonom (član 34. st. 1. i 2. Ustava). Ako se u svetlu navedenih ustavnih odredaba sagledaju odgovarajuće norme Krivičnog zakonika, uočava se da oduzimanje imovine proistekle iz krivičnog dela nije obuhvaćeno odredbom člana 4. stav 1. KZ kojom su propisane vrste krivičnih sankcija, niti je predviđeno kao vrsta kazne koja se, saglasno članu 43. KZ, može izreći učinioacu krivičnog dela.

Prema shvatanju ESLJP izraženom u predmetu *Kokinakis protiv Grčke*¹³, navedena odredba sadrži sledeće garancije: a) načelo zakonitosti krivičnih dela i kazni (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), b) zabranu retroaktivne primene krivičnog zakona i v) zabranu stvaranja krivičnog prava putem analogije. Kada je reč o zabrani retroaktivne primene krivičnog zakona, nesporno je da se druga rečenica čl. 7, st. 1 EKLJP odnosi upravo na to, jer isključuje mogućnost izricanja strože kazne od one koja je bila propisana u vreme kada je krivično delo izvršeno. Reč je o zabrani retroaktivne primene strožeg krivičnog zakona, što predstavlja samo jedan aspekt primene blažeg krivičnog zakona. Međutim, odredba čl. 7, st. 1 EKLJP ne govori ništa o drugom aspektu ovog pitanja, tj. o mogućnosti retroaktivne primene blažeg krivičnog zakona. O tome se Evropski sud za ljudska prava izjasnio izričito u predmetu *Skopola protiv Italije*, predstavka broj 10249/03. Tom prilikom je zauzeo stav da čl. 7, st. 1 EKLJP ne jemči samo načelo zabrane retroaktivne primene strožeg krivičnog zakona, već podrazumeva i načelo retroaktivne primene blažeg krivičnog zakona.

Sudsko tumačenje se prilikom ocene koji je krivični zakon blaži po učiniocu (uostalom, kao i u drugim slučajevima u kojima se odlučuje o pravnim pitanjima) pojavljuje kao nužan korektiv uz pomoć kojeg se krivičnim odredbama „udahnjuju“ odlike dostupnosti, određenosti i predvidljivosti (vid. Ilić, 2016: 115–126). Reč je o pojmovima koje se koriste u praksi Evropskog suda za ljudska prava, a na osnovu njih se ocenjuje da li „zakon“ zadovoljava određene

13 „*Kokinakis protiv Grčke*“, predstavka broj 14307/88.

kvalitativne zahteve.¹⁴ Kada je reč o predvidljivosti, u predmetu „*Sandey tajms protiv Ujedinjenog Kraljevstva*“, naglašeno je da nije neophodno da posledice ponašanja budu predvidljive sa potpunom određenošću, jer bi to moglo da vodi ka preteranoj krutosti zakonskih odredaba i nemogućnosti njihovog prilagođavanja promenama situacije.

O primeni navedenih kvalitativnih zahteva u oblasti krivičnog prava Evropski sud za ljudska prava se izjašnjavao u predmetu „*Kafkaris protiv Kipra*“, predstavka broj 21906/04. Tom prilikom je izneo stav da kvalitet krivičnog zakona podrazumeva dostupnost i predvidljivost krivičnih dela i kazni, što znači da pojedinac iz teksta krivičnopravne odredbe mora da zna, ako je potrebno i uz pomoć sudskog tumačenja te norme, koja činjenja ili nečinjenja povlače njegovu krivičnu odgovornost i koja će kazna biti izrečena. Štaviše, predvidljivost zakona nije dovedena u pitanje ako lice mora da zatraži stručnu pomoć da bi, u stepenu koji je razuman prema okolnostima datog slučaja, moglo da oceni posledice koje mogu da proizađu iz određenog dela (vid. Ilić, 2016: 115–126).

S obzirom na to da je sudsko odlučivanje po svojoj prirodi retroaktivno, tj. primenjuje se na dela koja su učinjena pre nego što su izneta pred sud, neophodno je i da ono bude dostupno i predvidljivo. U tom smislu je Evropski sud za ljudska prava u pomenutom predmetu „*Kafkaris protiv Kipra*“ izneo gledište da čl. 7 EKLJP ne zabranjuje postepeno razjašnjavanje pravila o krivičnoj odgovornosti pomoću sudskog tumačenja od slučaja do slučaja, „pod uslovom da rezultat bude u saglasnosti sa suštinom krivičnog dela i da se može razumno predvideti“. Od posebnog značaja za problem koji je analiziran u ovom radu jeste stav ESLJP izražen u predmetu „*Kokinakis protiv Grčke*“ o kojem je u prethodnom razmatranju bilo reči. Tom prilikom je naglašeno da se o predvidljivosti sudskog tumačenja može govoriti kada postoji *jasno utvrđena sudska praksa u vezi s primenom određene zakonske norme* (vid. Ilić, 2016: 115–126).

I mi smo već ranije izneli stav da zahtev za određenošću krivičnopravnih normi ne isključuje korišćenje pojmova u krivičnom pravu kojima je potrebno tumačenje od strane sudije.

5. Ne bis in idem

Iz prethodno izloženog postaje jasno da praksa ESLJP oblikuje nacionalno zakonodavstvo i utiče na našu sudsku praksu. Kako to izgleda kada je u pitanju načelo *ne bis in idem*? Na ovom mestu ćemo, zbog značaja, prvo izložiti praksu ESLJP pa onda postupanje US u takvim situacijama.

¹⁴ „*Sandey tajms protiv Ujedinjenog Kraljevstva*“, predstavka broj 6538/74.

U kaznenom zakonodavstvu Republike Srbije, dugi niz godina, postoji autentičan kocept višestruke kažnjivosti izražen u članu 63. stav 3. KZ. Naime, zatvor ili novčana kazna koju je osuđeni platio za prekršaj ili privredni prestup, kao i kazna ili disciplinska mera lišenja slobode koju je izdržao zbog povrede vojne discipline uračunava se u kaznu izrečenu za krivično delo čija obeležja obuhvataju i obeležja prekršaja, privrednog prestupa, odnosno povrede vojne discipline. Ova odredba uređuje situaciju u kojoj je osoba prvo proglašena krivom i izrečena joj je kazna u prekršajnom postupku, a nakon toga je proglašena krivom i izrečena joj je kazna u krivičnom postupku. Pritom opis prekršaja odgovara opisu krivičnog dela. U takvoj situaciji, prema izričitoj zakonskoj odredbi, ne primenjuje se načelo *ne bis in idem*. Ali, ESLJP misli drugačije. Većina zemalja iz regiona, koje su bile u sastavu bivše SFRJ, poznaje identičnu postavku višestepene kažnjivosti. Međutim, presude ESLJP u predmetima „*Milenković protiv Srbije*“¹⁵, „*Maresti protiv Hrvatske*“¹⁶, „*Tomasović protiv Hrvatske*“¹⁷, „*Muslija protiv BiH*“¹⁸, ukazuju da to konvencijsko, istovremeno i načelo Ustava Republike Srbije i krivičnog postupka u praksi redovnih sudova i Ustavnog suda Srbije mora da doživi korenitu promenu. Nakon pomenutih presuda, koje su u suprotnosti sa dotadašnjom ustaljenom praksom u Srbiji da se protiv istog lica koje je svojim ponašanjem ostvarilo obeležja krivičnog dela i prekršaja mogu istovremeno ili konsektivno pokrenuti i krivični i prekršajni postupak, potrebno je naći subtilan način da se pravna shvatanja ESLJP-a primene u praksi. Najveću poteškoću predstavlja nedovoljno normativno razgraničenje zakonskih obeležja prekršaja i krivičnih dela što pred našeg zakonodavca postavlja nove zadatke u pogledu izmene zakonskih rešenja.

Dakle, jasnije zakonsko razgraničenje prekršaja i krivičnih dela, kao i bolja saradnja nadležnih državnih organa dovešće do smanjenja povrede zabrane dvostrukog suđenja u istoj stvari. Pitanje identiteta kaznenih delikata je jedno od najtežih pitanja primene načela *ne bis in idem*, posebno kada imamo preklapanje težih prekršajnih i krivičnih dela tj. kada se u oba slučaja mogu izreći kazne zatvora. Takođe, trebalo bi razmišljati da javni tužilac bude jedino nadležan da odlučuje o prijavi događaja sa elementima krivičnog dela ili prekršaja za koji je predviđena kazna zatvora, i da donese odluku o eventualnom krivičnom ili prekršajnom gonjenju osumnjičenog. Drugi državni organi nadležni za gonjenje učinilaca prekršaja (policija, poreska policija, carina i sl.) ne bi trebalo da imaju

15 „*Milenković protiv Srbije*“, predstavka broj 50124/13 od 1. marta 2016. godine.

16 „*Maresti protiv Hrvatske*“, predstavka broj 55759/07, od 25. juna 2009. godine.

17 „*Tomasović protiv Hrvatske*“, predstavka broj 53785/09, od 18. oktobra 2011. godine.

18 „*Muslija protiv BiH*“, predstavka broj 32042/11 od 14. januara 2014. godine.

zakonsku mogućnost da gone učinioce takvih prekršaja bez pismene saglasnosti javnog tužioca. Kad donese odluku o prekršajnom gonjenju, javno tužilaštvo bi moglo samostalno da podnese zahtev za pokretanje prekršajnog postupka pred nadležnim prekršajnim sudom i da učestvuje kao stranka u prekršajnom postupku, ili da eventualno naloži policiji, odnosno organu nadležnom za gonjenje u toj zakonskoj oblasti, da preuzme gonjenje učinioce prekršaja za navedeni događaj (vid. Marković, 2015: 211–231).

Uputstvo Ustavnog suda izrečeno u odluci UŽ 1285/2012 ukazuje da nepostojanje jasnog razgraničenja između krivičnih dela i prekršaja u srpskom zakonodavstvu ne sme da dovede do situacije da u sudskoj praksi presuđena stvar u prekršajnom postupku predstavlja smetnju za progon učinilaca krivičnih dela. I drugo, Ustavni sud stoji na stanovištu da se prekršajni sudovi moraju ograničiti na utvrđivanje onih činjenica koje čine biće prekršaja i da prepuste krivičnom sudu da utvrđuje činjenice bitne za postojanje krivičnog dela. Prvi deo uputstva se pokazao kao sporan u praksi ESLJP, dok se u drugom delu uputstva identifikuje problem i pruža moguće rešenje.

U članu 4. Protokola 7. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda¹⁹, istaknuto je da se nikome se ne sme ponovo suditi niti se može ponovo kazniti u krivičnom postupku u nadležnosti iste države za delo zbog koga je već bio pravosnažno oslobođen ili osuđen u skladu sa zakonom i krivičnim postupkom te države. Odredbe prethodnog stava ne sprečavaju ponovno otvaranje postupka u skladu sa zakonom i krivičnim postupkom date države, ako postoje dokazi o novim ili novootkrivenim činjenicama, ili ako je u ranijem postupku došlo do bitne povrede koja je mogla da utiče na njegov ishod. Ovaj se član ne može staviti van snage na osnovu člana 15 Konvencije²⁰. Dakle, ovo pravo spada u red apsolutno zaštićenih prava koja se ne smeju derogirati.

19 Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Sl. listu SCG* – Međunarodni ugovori, br. 9/2003, 5/2005, 7/2005-ispravka i *Sl. glasnik RS* – Međunarodni ugovori br. 12/2010.

20 Član 15 – Odstupanje u vanrednim okolnostima:

1. U doba rata ili druge javne opasnosti koja pretila opstanku nacije, svaka Visoka strana ugovornica može da preduzme mere koje odstupaju od njenih obaveza po ovoj Konvenciji, i to u najnužnijoj meri koju iziskuje takva situacija, s tim da te mere ne budu u neskladu s njenim drugim obavezama prema međunarodnom pravu.
2. Prethodna odredba ne dopušta odstupanja od člana 2, osim u pogledu smrti prouzrokovane zakonitim ratnim postupcima, ili člana 3, 4 (stav 1) i 7.
3. Svaka Visoka strana ugovornica koja koristi svoje pravo da odstupi od odredbi Konvencije obaveštava u potpunosti generalnog sekretara Saveta Evrope o merama koje preduzima i razlozima za njih. Ona takođe obaveštava generalnog sekretara Saveta Evrope kada takve mere prestanu da deluju i kada odredbe Konvencije ponovo počnu da se primenjuju u potpunosti.

ESLjP primenu načela *ne bis in idem* sprovodi kroz „test“ putem koga analizira tri ključna pitanja. Prvo pitanje je da li su oba postupak po svojoj prirodi kaznenopravna tj. da li se i prvi postupak ima smatrati krivičnim? Drugo, najvažnije pitanje, je da li se radi o istim događajima, istim delima? I na kraju, da li je postojala dvostrukost postupka?

Pojam „krivičnog postupka“ iz odredbe članu 4. Protokola 7. je širi od definicije krivičnog postupka u domaćem pravu. Pored postupaka koji su prema nacionalnom zakonodavstvu definisani kao „krivični“, on može da se odnosi i na druge vrste postupaka čije karakteristike ukazuju na njihovu „krivičnu“ prirodu. Da li se određeni domaći postupak smatra „krivičnim postupkom (optužba za krivično delo)“ za potrebe člana 4. Protokola 7 procenjuje se na osnovu tri, tzv. *Engel kriterijuma*²¹: kvalifikacija dela u domaćem pravu, priroda protivpravnog ponašanja i vrsta i težina zaprećene kazne. Drugo i treće merilo je alternativno, ne nužno kumulativno. To, međutim, ne isključuje kumulativni pristup kad odvojena analiza svakog merila ne omogućuje postizanje jasnog zaključka o postojanju optužbe za krivično delo.

U vezi sa kriterijumom „**kvalifikacija dela u domaćem pravu**“, značajna je presuda „*Maresti protiv Hrvatske*“²². U ovoj presudi sud primeđuje da je podnosilac zahteva oglašen krivim u postupku vođenom prema Zakonu o prekršajima i osuđen na četrdeset dana zatvora. Da bi se utvrdilo da li je podnosilac zahteva „pravosnažno oslobođen ili osuđen u skladu sa zakonom i krivičnim postupkom te države“, prvo pitanje o kojem treba odlučiti da li se taj postupak odnosi na krivičnu stvar u smislu člana 4. Protokola 7. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Ali sud naglašava da pravno označavanje postupka u nacionalnom pravu ne može biti jedino relevantno za primenu načela *ne bis in idem*, inače bi primena člana 4. Protokola 7. bila ostavljena na procenu državama potpisnicama i mogla bi dovesti do rezultata nespojivih sa ciljem i svrhom Konvencije. Pojam „krivični postupak“ treba tumačiti u skladu sa rečima „optužba za krivično delo“ i „kazna“ iz člana 6. i 7. Konvencije. Takođe, bez obzira što se neka dela kvalifikuju kao prekršaj u nacionalnom pravu, ESLjP ipak ponavlja da određena dela predstavljaju krivičnu stvar, iako se prema nacionalnom pravu smatraju previše trivijalnim da bi se na njih primenjivalo krivično materijalno i procesno pravo.

Slično, u presudi „*Tomasović protiv Hrvatske*“, predstavka broj 53785/09 od 18. oktobra 2011. godine, imamo situaciju gde je podnosilac zahteva najpre

21 „*Engel i drugi protiv Holandije*“, predstavka broj 5100/71, od 8. juna 1976. godine.

22 „*Maresti protiv Hrvatske*“, predstavka broj 55759/07, od 25. juna 2009. godine.

osuđen u prekršajnom postupku, zbog posedovanja 0,21 grama heroína, po čl. 3. stav 1. Zakona o suzbijanju zloupotrebe opojnih droga i izrečena joj je novčana kazna u iznosu od 1.700 hrvatskih kuna (HRK). Isto tako, opštinski sud je 2007. godine u krivičnom postupku podnositeljicu zahteva proglasio krivom što je posedovala 0,14 grama heroína te joj izrekao novčanu kaznu u iznosu od 1.526 HRK. Prethodna je novčana kazna trebala biti uključena u ovu kaznu. Podnositeljki zahteva bilo je naloženo i da snosi troškove postupka u iznosu od 400 HRK. U drugostepenom postupku potvrđena je presuda, ali je izrečena kazna zatvora u trajanju od 4 mjeseca, uz uslov da se ta kazna neće izvršiti ako podnositeljica zahteva u roku od jedne godine ne učini novo krivično delo. Ustavni sud Republike Hrvatske je 2009. godine odbio naknadnu ustavnu tužbu podnositeljice zahteva u kojoj se navodi povreda načela *non bis in idem* iz razloga što hrvatski pravni sistem ne isključuje mogućnost da se ista osoba dva puta kazni za isto delo kad ista radnja predstavlja i prekršaj i krivično delo. Vlada Hrvatske je tvrdila da prva sankcija nije po svojoj prirodi krivična jer je donesena u kontekstu prekršajnog postupka, te da je domaćim pravom propisano da je to prekršaj. Ovaj je prekršaj propisan Zakonom o suzbijanju zloupotrebe opojnih droga koji je bio donesen zajedno s drugim zakonima na osnovi nacionalne strategije za nadzor nad opojnim drogama. Zakonom o kojem je reč propisani su uslovi za uzgoj biljaka iz kojih se mogu proizvesti opojne droge, mere za suzbijanje zloupotrebe opojnih droga te sistem za prevenciju zavisnosti i sistem za pomoć zavisnicima. Iz toga se vidi da se cilj toga zakona ne može povezati s krivičnim pravom. Cilj ovoga zakona i njegovih odredbi nije bio kažnjavanje osoba koje poseduju male količine opojnih droga, nego zaštita njihovog zdravlja na način da ih se odvрати od posedovanja i korišćenja nezakonitih supstanci. Kada je u pitanju kazna Vlada tvrdi da je podnositeljici zahteva izrečena novčana kazna od 1.700 HRK, što nije značajna novčana kazna, a da se za prekršaj nije mogla izreći kazna zatvora. Sud i ovde ponavlja da pravna klasifikacija postupka prema nacionalnom pravu ne može biti jedino merilo za primenljivost načela *ne bis in idem* iz čl. 4. stav 1. Protokola br. 7.²³

U vezi sa kriterijumom „**priroda protivpravnog ponašanja**“ videti stav 22. presude „*Tomasović protiv Hrvatske*“. Po svojoj prirodi uključivanje dela o kojemu je reč u Zakon o suzbijanju zloupotrebe opojnih droga poslužilo je kako bi se garantovala kontrola zloupotrebe nezakonitih supstanci, što takođe može potpasti u područje zaštite krivičnog prava. Odgovarajuća je odredba tog Zakona bila usmerena prema svim građanima, a ne prema grupi koja ima poseban položaj.

23 U ovoj presudi Sud je našao da je došlo do povrede čl. 4. Protokola 7. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Nigde nema upućivanja na “manje tešku” prirodu dela, a činjenica da se prvi postupak vodio pred prekršajnim sudom ne isključuje njegovo razvrstavanje kao “krivičnog” u smislu Konvencije, budući da u Konvenciji nema ničega što bi upućivalo na zaključak da krivična priroda dela, u smislu kriterijuma Engel, nužno traži izvesni stepen težine.

Sa druge strane, kada je u pitanju bio disciplinski i krivični postupak ESLJP je, u presudi „*Toth protiv Hrvatske*“, predstavka broj 49635/10 od 6. novembra 2012. godine, zahtev proglasio nedopuštenim. Naime, optužbe stavljene na teret podnositelju u disciplinskom postupku ne mogu se smatrati u celini istovetnim onim koje su mu stavljene na teret u krivičnom postupku. Dok je u disciplinskom postupku kažnjen za verbalne uvrede, pretnje, nepristojno ponašanje i sprečavanje službene osobe u izvršavanju dužnosti, u krivičnom je postupku proglašen krivim zbog pretnji smrću. Međutim, kao što je već ranije istaknuto, neke optužbe iznesene protiv podnositelja u disciplinskom postupku jasno su odgovarale određenim delima u krivičnom pravu. Tako, optužbe za vređanje, pretnju i sprečavanje službene osobe u izvršavanju dužnosti takođe su propisane u Krivičnom zakoniku. Ali ESLJP smatra da ove činjenice nisu dovoljne za zaključivanje da se dela koja su stavljena na teret u disciplinskom postupku mogu smatrati krivičnim, već istima daju određeni kolorit koji se ne podudara u potpunosti sa disciplinskim pitanjima.

U vezi sa kriterijumom „**vrsta i težina zaprećene kazne**“, u presude „*Maresti protiv Hrvatske*“, istaknuto je da se ona utvrđuje s obzirom na najveću moguću kaznu koju predviđa merodavno pravo. ESLJP primećuje da član 6. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira predviđa zatvor u trajanju od šezdeset dana kao najveću moguću kaznu, i da je podnositelj zahteva na kraju osuđen na četrdeset dana oduzimanja slobode. Kao što je ESLJP potvrdio u više navrata, u društvu koje je opredeljeno za vladavinu prava, kada zaprećena i stvarno izrečena kazna podnositelju zahteva uključuje lišenje slobode, postoji pretpostavka da ono što mu se stavlja na teret predstavlja „optužbu za krivično delo“, a to je pretpostavka koja se samo izuzetno može pobijati, i to samo ako se lišenje slobode ne može smatrati „osobito štetnim“ s obzirom na njegovu prirodu, trajanje ili način izvršenja. U svetlu navedenih razmatranja, ESLJP zaključuje da priroda dela o kojemu se radi zajedno s težinom kazne ukazuju da se radi o krivičnom postupku prema sadržaju člana 4. Protokola br. 7. U slučaju „*Tomasović protiv Hrvatske*“ težina kazne je utvrđena, takođe, pozivanjem na maksimalnu moguću kaznu predviđenu merodavnim pravom. Stvarna izrečena kazna merodavna je za odlučivanje, ali ne može umanjiti važnost onoga što je prvobitno bilo zaprećeno. ESLJP primećuje da je članom 54. Zakona o suzbijanju zloupotrebe opojnih droga predviđena novčana kazna od 5.000 do 20.000 HRK, te da je na kraju

podnositeljici zahteva izrečena novčana kazna od 1.700 HRK. Sud smatra da se tako propisana novčana kazna ne može smatrati neznatnom.²⁴

U pogledu pitanja da li se radi o istim događajima, istim delima ESLJP je, nakon svojih ranijih različitih tumačenja elementa „*idem*“, od slučaja *Sergey Zolotukhin protiv Rusije*²⁵ nastojao da okonča pravnu nesigurnost u pogledu pitanju jesu li dela za koja je aplikant bio krivično gonjen ista i dao je usaglašeno tumačenje pojma „ista dela“ – odnosno elementa *idem* sadržanog u principu *ne bis in idem*. Od tada ESLJP značajno konsoliduje svoju praksu te počinje da primenjuje činjenično utemeljeniji pristup, tj. „materijalni identitet dela“. Do ovog slučaja, praksa ESLJP, u vezi sa pitanjem da li su dela u vezi sa kojim se preduzima gonjenje ista (*idem*), nije bila usklađena. Ovom presudom su napušteni neki raniji kriterijumi, a suština novih kriterijuma je sadržana u stavu 82: „...ESLJP zauzima stav da član 4 Protokola 7 mora da bude shvaćen na način da zabranjuje gonjenje ili suđenje za drugo „delo“ u meri u kojoj ono proizlazi iz identičnih činjenica ili činjenica koje su u suštini iste.“ Prema tome, utvrđeno činjenično stanje na kome se temelji objektivni identitet delikata, međusobno sličnih po objektivnim obeležjima, može biti osnov za izricanje sankcije samo u jednom i to najpre pokrenutom kaznenom postupku prema istom okrivljenom, što isključuje mogućnost naknadnog vođenja drugog kaznenog postupka i suđenja tom licu pred drugim sudom za drugi delikt sa sličnim obeležjem koji je proistekao iz istog događaja (Mrvić-Petrović, 2014: 34).

24 Interesantno je rešeno pitanje samice tj. u kojim slučajevima se zatvorska kazna produžava za vreme trajanja samice ili kada ostaje u istom trajanju iako je izrečena samica tj. da li dodavanje dodatnih dana na već izrečenu kaznu predstavlja krivičnu sankciju. Tako je u slučaju „*Toth protiv Hrvatske*“ razmatran kriterijum „težina i vrsta zaprečene kazne“ i pitanje samice i istaknuto je da dodavanje dodatnih dana na već izrečenu kaznu zatvora predstavlja kaznenu sankciju ESLJP je ispitivao da li se sankcija kojom se ne produžuje izrečena zatvorska kazna u vojnom ili zatvorskom kontekstu može smatrati „kaznenom“ (vid. „*Eggs protiv Švicarske*“, br. 7341/76, odluka Komisije u kojoj je podnositelj bio kažnjen sa dva dana samice; „*X protiv Švicarske*“, br. 8778/79, odluka Komisije u kojoj je podnositelj kažnjen sa tri dana samice; „*P. protiv Francuske*“, br. 11691/85, odluka Komisije u kojoj je podnositelj bio kažnjen sa dvanaest dana samice itd.). U svakom od ovih predmeta Komisija i Sud smatrali su da puko pogoršanje uslova izdržavanja kazne zatvora usled mere kao što je samica, nije prihvatljivo za dovođenje konkretnog disciplinskog postupka u sferu „kaznenog“ u smislu Konvencijskog značenja ovog pojma. U ovom predmetu, podnositelj je kažnjen sa dvadeset i jednim danom samice, što je maksimum koji je propisan Zakonom o izvršavanju kazne zatvora. Ova sankcija nije produžila vreme koje će podnositelj provesti u zatvoru i zbog toga nema za posledicu dodatno lišenje slobode, već samo pogoršanje uslova njegovog zatvaranja. S obzirom na navedeno, u skladu sa gore navedenom sudskom praksom, Sud zaključuje da postupak sproveden pred upravom zatvora nije bio kaznene naravi, zbog čega naknadna osuda podnositelja u kaznenom postupku nije protivna načelu *ne bis in idem* izraženom u čl. 4. Protokola br. 7.

25 „*Sergey Zolotukhin protiv Rusije*“, predstavka broj 14939/03, od 10. februara 2009. godine.

I na kraju, treba da utvrdimo da li je postojala dvostrukost postupka. Ističe se da je cilj člana 4. Protokola br. 7. zabrana ponavljanja postupka koji je okončan „pravosnažnom“ odlukom. Prema *Izveštaju sa objašnjenjima* uz Protokol 7, odluka je konačna „... ako je, prema tradicionalnom izrazu, stekla snagu **res judicata**. Ovo je slučaj kada je neopoziva, tj. kada protiv nje ne postoje redovni pravni lekovi ili kada su stranke iscrpele takve pravne lekove ili su dozvolile da istekne rok za njih, a da ih nisu iskoristile“. Zabranjeno je preduzimanje novog gonjenja za isto delo, čak i u slučaju kada gonjenje nije rezultiralo osudom (na primer, kada je doneta oslobađajuća odluka).²⁶

ESLJP je zaključio da se član 4. Protokola broj 7. ne odnosi samo na pravo da neko lice ne bude dva puta kažnjeno već se proteže i na pravo da se ne bude dva puta izložen gonjenju, što znači da se primenjuje „čak i kada je pojedinac bio samo kazneno gonjen u postupku koji nije doveo do njegove osude“, jer član 4. Protokola 7. sadrži tri zasebne garancije i propisuje; „niko ne sme biti ponovo 1) izložen gonjenju, 2) suđenju, 3) kažnjavanju za isto delo.“

U predmetu „*Milenković protiv Srbije*“, predstavka broj 50124/13 od 1. marta 2016. godine, ESLJP utvrđuje povredu člana 4. Protokola 7. EKLJP. Milenković je prethodno osuđen za prekršaj iz člana 6. stav 3. (vređanje i nasilje) Zakona o javnom redu i miru na 4000 dinara, pa potom osuđen po članu 121. stav 2. Krivičnog zakonika (teška telesna povreda) na kaznu zatvora od tri meseca (naknadno amnestiran). On je koristio i pravo na ustavnu žalbu ističući povredu načela *ne bis in idem*, ali mu je ista odbijena.

Ova odluka predstavlja „opomenu“ Srbiji zbog dvostrukog suđenja u istoj stvari, odnosno zbog kumuliranja prekršajnog i krivičnog postupka gde je prekršajni sud osudom za prekršaj obuhvatio obeležja krivičnog dela. Praksa istovremenog ili konsektivnog vođenja prekršajnog i krivičnog postupka na temelju činjenica koje ispunjavaju obeležja prekršaja i istovremeno krivičnih dela bila je uobičajena na našim prostorima i temeljila se na odredbi člana 63. stav 3. KZ.

Ustavni sud je Milenkoviću odbio ustavnu žalbu sa obrazloženjem da se opis radnji koje su mu stavljene na teret razlikuje, budući da je u prekršajnom postupku kažnjen zbog narušavanja javnog reda i mira, dok se u krivičnom postupku radilo o kazni za telesno povređivanje.²⁷ Podnosilac predstavke je u novembru

26 Vid. stav 110. presude „*Sergey Zolotukhin*“ i stav 29. presude „*Franz Fischer protiv Austrije*“, 37950/97 od 29. maja 2001. godine.

27 Ustavni sud je 20. maja 2013. godine, pozivajući se na obrazloženje Apelacionog suda u Nišu kao „potpuno ustavnopravno prihvatljivo“, odbio žalbu podnosioca predstavke kao neosnovanu. U pogledu načela *ne bis in idem*, Apelacioni sud je našao da je utvrđeno da je podnosilac predstavke kriv zbog prekršaja protiv javnog reda i mira u prekršajnom postupku, pri čemu je osuđen

2012. godine amnestiran. Ustavni sud je u maju 2013. godine odbio kao neosnovanu ustavnu žalbu podnosioca izjavljenu zbog povrede prava na pravnu sigurnost u kaznenom pravu. U ispitivanju ovog predmeta, ESLJP je, primenom tzv. „Engelovih kriterijuma“²⁸ najpre cenio da li je prvi, prekršajni postupak, po svojoj prirodi postupak koji se tiče „krivičnog“ pitanja u okviru značenja člana 4. Protokola broj 7 i kakva je priroda prve kazne. ESLJP je zaključio da se oba postupka moraju smatrati krivičnim, u smislu člana 4. Protokola broj 7 uz Konvenciju. Nakon toga, ESLJP je, primenom kriterijuma iz presude „Zolotukhin“, ispitivao da li su dela za koja je podnosilac predstavke krivično gonjen ista, i zaključio da se činjenice koje predstavljaju dva dela moraju smatrati suštinski istim za potrebe člana 4. Protokola broj 7 uz Konvenciju. Sledeće pitanje kojim se ESLJP bavio jeste da li je u konkretnom slučaju bilo dupliranja postupka (*bis*) i ocenio da su domaći organi dozvolili da se vodi dupli krivični postupak, uz puno saznanje o prethodnoj osudi podnosioca predstavke za isto delo. Konačno, ESLJP je zaključio da je podnosilac predstavke „osuđen“ u prekršajnom postupku, koji se može uporediti sa „krivičnim postupkom“ u okviru autonomnog značenja ovog izraza prema Konvenciji. ESLJP je dalje utvrdio da je, nakon što je ova „osuda“ postala pravosnažna i uprkos žalbi podnosioca na osnovu načela *ne bis in idem*, podnosilac predstavke oglašen krivim za krivično delo koje se odnosi na isto ponašanje i suštinski iste činjenice kao one za koje je kažnjen u prekršajnom postupku. ESLJP je konstatovao da Ustavni sud nije primenio načela utvrđena u predmetu *Zolotukhin*, a u cilju ispravljanja situacije podnosioca predstavke. Iz napred navedenih razloga, ESLJP je utvrdio povredu člana 4. Protokola broj 7 uz Konvenciju. Sud u navedenoj presudi kada vrši poređenje navedenog prekršaja i krivičnog dela zauzima stanovište da svako pozivanje na „lakšu“ prirodu dela, samo po sebi, ne isključuje njenu kvalifikaciju kao „krivičnu“ u autonomnom značenju Konvencije, budući da Konvencija ne sadrži ništa što ukazuje da krivična priroda dela, u okviru značenja Engelovih kriterijuma, neizostavno zahteva određeni nivo ozbiljnosti. ESLJP smatra da novčana kazna nije predviđena kao materijalna naknada za štetu, već da su primarni ciljevi pri utvrđivanju dela u pitanju bili kazna i sprečavanje ponovnog izvršenja, koji su priznati kao dalja karakteristična svojstva krivičnih kazni. „Kao što je ESLJP potvrdio u više navrata, u društvu koje se opredelilo za vladavinu prava, gde predviđena kazna i kazna koja je stvarno izrečena podnosiocu predstavke podrazumevaju lišenje slobode, postoji pretpostavka da su optužbe protiv podnosioca predstavke „krivične“,

za krivično delo teške telesne povrede u krivičnom postupku. Prema stavu suda, opisi sankcionisanih dela su bili jasno drugačiji.

28 *Engel i drugi protiv Holandije*, predstavka broj 5100/71, od 8. juna 1976. godine.

pretpostavka koja se može opovrgnuti u potpunosti samo izuzetno, i samo ako se lišenje slobode ne može smatrati „značajno štetnim“ s obzirom na njihovu prirodu, trajanje i način izvršenja“.

Ustavni sud Srbije je nastojao da u cilju zaštite pretežnijeg interesa, pored utvrđenog kriterijuma materijalnog identiteta dela iz presude „*Sergey Zolotukhin protiv Rusije*“, u svakom konkretnom slučaju razmatra i dodatne, tzv. korektivne kriterijume: a) identitet zaštićenog dobra i težine posledice dela, b) identitet sankcije, kako bi se odgovorilo na pitanje da li su dela zbog kojih se podnosilac ustavne žalbe goni ili je osuđen u različitim postupcima ista (*idem*).²⁹ Međutim, imajući u vidu najnoviju praksu ESLJP potrebno je ocenu postojanja identiteta dela (*idem*) vršiti isključivo na osnovu činjenično utemeljenog pristupa bez dodatnih korektivnih kriterijuma.

Očigledno se svi sudski slučajevi odnose na problematičnu kumulativnu primenu normi o prekršajima protiv javnog reda i mira i odgovarajućih pravnih kvalifikacija krivičnih dela, kao što su uvreda, ugrožavanje sigurnosti, lake i teške telesne povrede, prinuda, nasilje u porodici, nasilničko ponašanja, nasilničko ponašanje na sportskim priredbama, ometanje ovlašćenog službenog lica u obavljanju poslova bezbednosti ili održavanja javnog reda i mira i slična (Mrvić-Petrović, 2014: 34).

Smatramo da je ova presuda od značaja za pravni sistem Srbije i pristup koji naš zakonodavac ima dugi niz godina u članu 63. stav 3. KZ. Ipak, imajući u vidu da presude ESLJP mogu državu Srbiju puno da koštaju jer njihovo izvršenje pada na teret budžetskih sredstava potrebno je postojeću normativnu, zakonsku osnovu *de lege ferenda* korigovati preciziranjem bića kaznenih delikata. U tom procesu valjalo bi razmišljati i o dekriminalizaciji pojedinih ponašanja iz Krivičnog zakonika i njihovom unošenju u bića prekršaja.

Prateći uspostavljenju praksu ESLJP US u predmetu *Už 7014/2014* usvaja ustavnu žalbu i utvrđuje povredu prava na pravnu sigurnost u kaznenom pravu, zajemčenu odredbom člana 34. stav 4. Ovde je podnosilac ustavne žalbe najpre prekršajno oglašen krivim što je u samostalnoj ugostiteljskoj radnji narušio javni red i mir tako što je fizički nasrnuo na neko lice i istog udario šakom (pesnicom) u predeo glave – levog oka nakon čega se umešao vlasnik lokala i prekinuo dalji sukob.

Nakon pravnosnažnosti navedenog prekršajnog rešenja, podnosilac ustavne žalbe je oglašen krivim presudom Osnovnog suda (koja je postala pravnosnažna donošenjem osporene presude Višeg suda) jer je u kafe baru u uračunljivom

29 Iz obrazloženja presude Ustavnog suda Srbije Už 1285/2012 od 26. 3. 2014, dostupno na: <http://www.slglasnik.info/sr/45-27-04-2014/23268-odluka-ustavnog-suda-broj-uz-1285-2012>.

stanju i sa umišljajem teško telesno povredio oštećenog na taj način što je prišao oštećenom sa leđa i nakon što ga je uhvatio za desno rame i okrenuo prema sebi, istog zatvorenom šakom ruke udario u levu stranu lica u predelu jagodične kosti, kojom prilikom mu je naneo tešku telesnu povredu izraženu u vidu preloma jagodične kosti sa leve strane i više lakih telesnih povreda izraženih u vidu nagnječenja mekih tkiva lica i krvnog podliva oko levog oka, jagodičnog predela i obraza, pri čemu je bio svestan da je njegovo delo zabranjeno. Uvažavajući praksu ESLJP US je primenio kriterijume na osnovu kojih je utvrdio da li je došlo do povrede načela *ne bis in idem*, i to: 1) da li su oba postupka koja su vođena protiv podnosioca vođena za delo koje po svojoj prirodi predstavlja kažnjivo delo, odnosno da li je prva kazna po svojoj prirodi bila kaznenopravna; 2) da li su dela zbog kojih se podnosilac kazneno goni ista (*idem*); 3) da li je postojala dvostrukost postupka (*bis*). Polazeći od toga da je cilj člana 34. stav 4. Ustava zabrana ponavljanja postupka koji je okončan odlukom koja je stekla status *res iudicata*, a da je Ustavni sud utvrdio da je podnosilac ustavne žalbe prvobitno osuđen u prekršajnom postupku koji se u smislu odredaba člana 34. stav 4. i člana 33. stav 8. Ustava izjednačava sa krivičnim postupkom, te da je nakon pravnosnažnosti prekršajne presude on oglašen krivim za krivično delo koje se odnosilo na isto ponašanje za koje je oglašen krivim u prekršajnom i koja su obuhvatala u suštini iste činjenice, Ustavni sud je zaključio da je osporenim presudama došlo do povrede načela *ne bis in idem*. S obzirom na napred izloženo, Ustavni sud je utvrdio da je podnosiocu ustavne žalbe povređeno pravo na pravnu sigurnost u kaznom pravu, zajemčeno odredbom člana 34. stav 4. Ustava.

Preporuka prekršajnim sudovima je da se ograničavaju na utvrđivanje onih činjenica koje čine biće prekršaja i da prepuste krivičnom sudu da utvrđuje činjenice bitne za postojanje krivičnog dela. Takođe, potrebno je da se poštuje vremenski sled i pravila uzročnosti u krivičnom pravu. Iz svađe i vike teško da može da proistekne teška telesna povreda, pa bi to bilo dovoljno da se utvrdi prekršaj iz člana 7. Zakona o javnom redu i miru (remećenje javnog reda i mira u smislu verbalnog izražavanja jakog intenziteta na javnom mestu) za razliku od krivičnog dela do koga dolazi kada neko lice nožem, rukom ili nekim drugim predmetom nanosi telesnu povredu nekom licu. Tada, u zahtevu za pokretanje prekršajnog postupka ne treba opisivati radnju krivičnog dela i nastalu posledicu povrede, a u opisu krivičnog dela ne treba opisivati događaj za koji je neko prekršajno kažnjen, već je dovoljno naznačiti „nakon prethodne svađe...” a možda čak ni to (Bajović, 2016: 252).

Tako je npr. u odluci *Už 1256/2015* doneta odbijajuća odluka. Protiv podnosioca ustavne žalbe je najpre vođen prekršajni postupak u kojem je pravnosnažno

oglašen krivim zbog toga što je dana 20. februara 2011. godine oko 21:45 časova prilikom kontrole i pregleda vozila, kojim je upravljao njegov sin, od strane policijskih službenika ... prilikom pregleda vozila ispod sedišta vozača pronađen i jedan okvir sa šest metaka, za koji je proverom utvrđeno da je njegovo vlasništvo, te da je nakon toga osporenim presudom pravnosnažno okončan krivični postupak protiv njega u kojem je oglašen krivim što je dana 20. februara 2011. godine u Nišu neovlašćeno nosio, suprotno odredbi člana 5. stav 3. Zakona o oružju i municiji, vatreno oružje – pištolj marke „CZ M70“, kalibra 7,65mm sa 6 metaka i to od sela do železničke stanice.

U obrazloženju presude Apelacionog suda u Nišu Kž1. 799/14 od 26. novembra 2014. godine navedeno je da je presudom Prekršajnog suda u Nišu Pr. 05-4605/11 od 5. aprila 2012. godine, okrivljeni oglašen krivim što je dana 20. februara 2011. godine oko 21:45 časova u Nišu prilikom kontrole i pregleda vozila kojim je upravljao njegov sin od strane policijskog službenika prilikom pregleda vozila ispod sedišta vozača pronađen pištolj marke CZ M-70, kalibra 7,65 mm i jedan okvir sa šest metaka za koji je proverom utvrđeno da je vlasništvo okrivljenog, s obzirom da prijavljeni nije na propisan i bezbedan način držao i čuvao gore navedeno vatreno oružje za koje ima dozvolu za držanje i izdatu od strane nadležnih organa kako ne bi došlo u posed neovlašćenih lica, čime je učinio prekršaj iz člana 35. stav 1. tačka 6) Zakona o oružju i municiji, za koji je osuđen novčanom kaznom u visini id 7.000,00 dinara, a prvostepenom presudom koja se pobija žalbom, optuženi je oglašen krivim što je sa umišljajem i u uračunljivom stanju dana 20. februara 2011. godine u Nišu, neovlašćeno nosio, suprotno odredbi člana 5. stav 3. Zakona o oružju i municiji, vatreno oružje – pištolj marke CZ M-70, kalibra 7,65mm, sa šest metaka kalibra 7,65mm u okviru i to od sela do železničke stanice u Nišu, a bio je svestan da je njegovo delo zabranjeno. U obrazloženju osporene drugostepene presude je nadalje navedeno da kako je presudom prekršajnog suda, optuženi oglašen krivim da nije na propisan način bezbedno držao i čuvao vatreno oružje, dok je pobijanom presudom oglašen krivim za neovlašćeno nošenje oružja od sela do železničke stanice u Nišu, iako se radi o događaju sa istim vremenskim i prostornim kontinuitetom, međutim sa potpuno drugačijim radnjama izvršenja, i to da radnja nošenja oružja od sela do železničke stanice u Nišu nije bila predmet razmatranja prekršajnog postupka, po oceni Apelacionog suda, ne radi se o istom činjeničnom stanju za koje je optuženi oglašen krivim u prekršajnom postupku.

Po oceni Ustavnog suda, proizlazi da se radnja krivičnog dela iz člana 348. stav 4. u vezi sa stavom 1. Krivičnog zakonika, koja se ogleda u neovlašćenom nošenju oružja za ličnu bezbednost, u konkretnom slučaju, završila dolaskom

podnosioca ustavne žalbe na železničku, odnosno glavnu autobusku stanicu u Nišu i izlaskom podnosioca iz vozila u kojem je ostavio predmetno oružje ispod sedišta suvozača, a da je radnja zbog koje je prekršajno kažnjen – nebezbedno čuvanje oružja, započela u tom trenutku kada je podnosilac ustavne žalbe ostavio oružje ispod sedišta suvozača i izašao iz vozila kojim je upravljao njegov sin, saznajući da oružje neće moći da nosi nadalje sa sobom, jer se vrši detaljna kontrola putnika i prtljaga u autobusu kojim je nameravao da nastavi putovanje. Radnje predmetnih delikata nisu istovetne, jer se radnja krivičnog dela, u konkretnom slučaju završava nošenjem oružja od strane podnosioca na relaciji od sela do železničke stanice u Nišu, koje i vremenski i prostorno prethode radnjama izvršenja zbog kojih je podnosilac prekršajno kažnjen, koje se ogledaju u tome što je podnosilac ustavne žalbe, nakon dolaska na železničku stanicu i izlaska iz vozila, oružje ostavio ispod sedišta suvozača tog vozila, kojim je nastavio da upravlja njegov sin. Naime, Ustavni sud ukazuje na to da, u okolnostima konkretnog slučaja, vođenjem krivičnog postupka i izricanjem krivične sankcije podnosiocu ustavne žalbe zbog toga što je nosio oružje za ličnu bezbednost bez dozvole za njegovo nošenje (član 348. stav 4. KZ), nakon pravnosnažnog okončanja prekršajnog postupka zbog toga što podnosilac nije držao i čuvao vatreno oružje na bezbedan i propisan način, kako ono ne bi došlo u posed neovlašćenih lica (član 35. stav 1. tačka 6) u vezi sa članom 12. Zakona o oružju i municiji), ne može se smatrati dvostrukim kažnjavanjem za isto delo, s obzirom na to da radnje izvršenja nisu istovetne.

Odnos ESLJP treba shvatiti tako da oni nemaju ništa protiv postojanja dvoideobne ili troideobne podele kaznenih ponašanja ali da je važno da se njihova obeležja ne podudaraju. To treba postići na normativnom planu, ali voditi računa i u praksi da opisi činjeničnih stanja budu različiti.

Pojedinac ne bi trebao da ispašta zbog nesposobnosti nadležnih državnih organa da pravilno kvalifikuju činjenice i blagovremeno izaberu kaznenu reakciju najprimereniju konkretnom slučaju. Ovo važi, pre svega, kada su u pitanju krivična dela koja se gone po službenoj dužnosti. U teoriji se ističe da problem mogu predstavljati krivična dela koja se gone po privatnoj tužbi, a sadrže i elemente prekršaja, jer u tom slučaju pokretanje prekršajnog postupka ne zavisi od „procene“ državnog organa već od oštećenog a prekršajni postupak se okonča u roku od tri meseca u kome je privatni tužilac dužan da podnese privatnu tužbu, što bi dovelo do toga da se radi o „presuđenoj stvari“. U takvom slučaju, moguće je da se zastane sa donošenjem prekršajne presude do isteka tromesečnog roka za podnošenje privatne tužbe (Bajović, 2016: 255). Međutim, treba imati u vidu da ESLJP načelo *ne bis in idem* stavlja u kontekst prava na pravično suđenje, u

okviru člana 6, gde se ističu prava okrivljenih. I u odluci „*Milenković protiv Srbije*“ je postojao sticaj više dela od kojih su neka gonjena po privatnoj tužbi, pa se to pokazalo kao sekundarno, jer sa stanovišta ESLJP-a pokretanje novog postupka dok je drugi u toku ili nakon njegovog dovršenja jeste zakoračenje u zonu *ne bis in idem* kojom se štite prava okrivljenog.

Međutim, na ovom mestu treba primetiti da iako je zakonodavac sa Zakonom o prekršajima želeo da pokuša da prevaziđe probleme u praksi u vezi načela *ne bis in idem* zbrka je još veća. Prema članu 183. kada nadležni sud primi zahtev za pokretanje prekršajnog postupka, ispitaće da li postoje uslovi za pokretanje prekršajnog postupka i odlučiti o daljem toku postupka. Kada zahtev sadrži podatke o tome da je povodom istog događaja pokrenut krivični postupak ili postupak za privredni prestup prekršajni sud će spise predmeta dostaviti nadležnom sudu na dalje postupanje i o tome obavestiti podnosioca zahteva. Na taj način sud će postupiti i kada u toku postupka sazna da se povodom istog događaja vodi krivični postupak ili postupak za privredni prestup. Naime, često se dešava da se u vreme pokretanja prekršajnog postupka ili kasnije sazna da se povodom istog događaja vodi krivični postupak. Prekršajni sud, po zakonu, u tom slučaju dostavlja spise predmeta tog suda krivičnom sudu, a imajući u vidu član 183. st. 2 i 3 Zakona o prekršajima. U praksi se često dešava da krivični sud vrati spise predmeta prekršajnom sudu kada već nastupi apsolutna zastarelost prekršajnog gonjenja pa u takvim situacijama prekršajni sudovi donose rešanja o obustavi krivičnog postupka. Da se podsetimo, po starom zakonu je postojala mogućnost donošenja rešenja o prekidu postupka³⁰ a sada takva mogućnost ne postoji. Imajući u vidu odredbu člana 34. Stav 4 Ustava postavlja se pitanje da li bi u takvoj situaciji došlo do povrede načela *ne bis in idem* ako bi posle rešenja o obustavi prekršajnog postupka bio nastavljen krivični postupak i doneta presuda.

Važno je istaći da je ESLJP je pokušao da izgradi nove kriterijume kada se radi o *ne bis in idem* u predmetu „*A.i B. protiv Norveške*“, predstavke broj 24130/11 i 29758/11, u situacijama kada su protiv podnosioca vođeni različiti postupci koji su tako povezani da mogu predstavljati jednu zaokruženu celinu, sprovodeći tzv. test dovoljno uske povezanosti u sadržinskom i vremenskom smislu. Dakle, nakon presude „*Sergej Zolotukhin protiv Rusije*“, predstavka broj 14939/03, od 10. februara 2009. godine, prihvaćena je mogućnost da je izricanje različitih sankcija od strane različitih organa koje se odnose na isto ponašanje u određenoj meri dopušteno na osnovu člana 4. Protokola 7 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, bez obzira na postojanje odluke koja ima svojstvo *res iudicata*, te da se kombinacija sankcija u tim predmetima treba razmatrati kao celina.

30 Vidi: UŽ 7746/2014.

Ovo stoga, jer je zaključak Evropskog suda da treba ostaviti mogućnost državi da legitimno izabere komplementarne odgovore na društveno neprihvatljivo ponašanje putem različitih postupaka koji čine povezanu celinu, kako bi se rešili različiti aspekti određenog društvenog problema, pod uslovom da ukupnost tih pravnih odgovora ne predstavlja prekomeran teret za pojedinca na kojeg se odnose („*A. i B. protiv Norveške*“, predstavke broj 24130/11 i 29758/11, od 15. septembra 2016. godine, §121.), pri tome vodeći računa za uspostavljanje pravične ravnoteže između zaštite interesa pojedinca koji je zaštićen načelom *ne bis in idem*, sa jedne strane i javnog interesa da se uspostavi potpuni regulatorni pristup u predmetnom području, sa druge strane. Stoga, zaključak je da član 4. Protokola 7 Evropske konvencije ne isključuje vođenje dva postupka, čak i do njihovog završetka, ako su ispunjeni određeni uslovi. Prilikom ocene da li je u konkretnom slučaju došlo do povrede načela *ne bis in idem* neophodno je odgovoriti na sledeća pitanja: 1) da li su oba postupka koja su vođena protiv nekog lica vođena za delo koje po svojoj prirodi predstavlja kažnjivo delo, odnosno da li je prva kazna po svojoj prirodi kazneno-pravna; 2) da li su dela zbog kojih se neko lice kazneno goni ista (*idem*); 3) da li je postojala dvostrukost postupka (*bis*); 4) da li su dva postupka dovoljno tesno povezana u sadržinskom i vremenskom pogledu, a u okviru kojeg je potrebno utvrditi sledeće kriterijume: da li su se u različitim postupcima ostvarile usklađene svrhe koje se međusobno nadopunjuju i čine jedan jedinstveni postupak, te se tim postupcima obuhvataju različiti aspekti protivpravnog ponašanja, da li je dualitet tih postupaka predvidljiva posledica, kako u pravu tako i u praksi, istog osporavanog ponašanja (*idem*), da li su ti postupci vođeni na način kako bi se što više izbeglo dupliranje u prikupljanju i oceni dokaza, saradnjom između različitih nadležnih tela kako bi se činjenice utvrđene u jednom postupku koristile u drugom postupku, te da li je kazna izrečena u postupku koji je prvi pravnosnažno okončan uzeta u obzir u postupku koji je kasnije pravnosnažno okončan, i to na način da ukupan iznos svih sankcija bude srazmeran izvršenom delu. Zapravo, neophodno je ispitati da li različiti postupci koji se vode protiv okrivljenog u suštini predstavljaju usklađenu celinu, između kojih postoji dovoljno bliska veza u sadržini i vremenu, zbog koje njihovo paralelno vođenje i kažnjavanje nije u suprotnosti sa načelom *ne bis in idem*.

Interesantno je da u slučaju „*Johanson i drugi protiv Irske*“, predstavka broj 22007/11 od 18.5.2017. godine, ESLJP još brižljivije razmatra pitanja pokrenuta u predmetu „*A. i B. protiv Norveške*“ pa u tom predmetu utvrđuje da postoji povreda člana 4. Protokola 7. jer postupci treba da budu kombinovani na integrisan način, tako da se formira koherentna celina, a u tom slučaju nije bilo dovoljno bliske veze, suštinski i vremenski. Po mišljenju ESLJP ovde je postojalo

samo ograničeno preklapanje u vremenu, njihovo kombinovano ukupno trajanje je bilo oko devet godina i tri meseca, a paralelno su vođeni malo duže od godinu dana, i drugo, prikupljanje i ocena dokaza u dva postupka su bili zasebni, jer je policija sprovodila svoju sopstvenu nezavisnu istragu.

6. Zaključna razmatranja

Gledište koje je zastupano u ovom radu moglo bi se sažeti u nekoliko rečenica. Uzajamna veza Ustava i krivičnog prava prožima ceo pravni sistem, ali i više od toga. Ustavnosudska zaštita je komplementarna i dopunjava krivičnopravnu zaštitu a time predstavlja i garant vladavine prava. Svojom opšteobavežnošću doprinosi efikasnosti sudskog sistema, ujednačenoj pravnoj zaštiti i standardizaciji ljudskih prava i osnovnih sloboda. Još je davnih dana Aristotel rekao da jednake stvari treba tretirati jednako, a nejednake nejednako.

Standardi US obavezuju nosioce zakonodavne, sudske i izvršne vlasti, a ESLJP evidentno proširuje garancije osnovnih sloboda. Bez obzira da li se odluke ESLJP odnose na standarde lišenja slobode, pravo na pravično suđenje ili „tvrdo jezgro“ ljudskih prava, one su potvrda stvarne političke demokratije i poštovanja ljudskih prava.

Literatura

- Bajović, V. (2016) Slučaj Milenković – ne bis in idem u krivičnom i prekršajnom postupku. U: Ignjatović, Đ. (ur.) *Kaznena reakcija u Srbiji – VI deo*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, str. 243–258.
- Beširević, V. et al. (2017) *Komentar Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, Beograd.
- Brnetić, D. (2009) *Kaznenopravna zaštita od torture*. Zagreb: AGM Zagreb.
- Ditertr, Ž. (2006) *Izvodi iz najznačajnijih odluka Evropskog suda za ljudska prava*, Beograd.
- Đorđević, M. (1995) Život kao objekat krivičnopravne zaštite. *Pravni život*, 9/95, str. 45.
- Ilić, G. (2016) O predvidivosti retroaktivne primene blažeg krivičnog zakona – osvrt na odluku Evropskog suda za ljudska prava: Mikulović i Vujisić protiv Srbije. U: Vasić, R. & Polojac, M. (ur.) *Identitetski preobražaj Srbije Prilozi projektu 2015 – kolektivna monografija*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, str. 115–126.

- Ilić, G. P. (2011) Država *versus* kriminalitet i standardi ljudskih prava. U: Kron, L. & Knežić, B. (ur.) *Kriminal i državna reakcija: fenomenologija, mogućnosti i perspektive*. Palić: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, str. 5–29.
- Kolarić, D. & Marković, S. (2016) Osnovna ljudska prava policijskih službenika u svetlu novog Zakona o policiji, *Srpska politička misao*, 3/16, str. 249.
- Kolarić, D. (2008) *Krivično delo ubistva*. Beograd: Službeni glasnik.
- Kolarić, D. (2013) Nova koncepcija krivičnih dela terorizma u Krivičnom zakoniku Republike Srbije. *Crimen*, 1/13, str. 49–71.
- Marković, S. (2015) Uloga policije u suzbijanju nasilja u porodici u prekršajnom postupku. *Nauka, bezbednost i policija – Žurnal za kriminalistiku i pravo*, 2/15, str. 211–231.
- Mrvić-Petrović, N. (2014) Poštovanje načela *ne bis in idem* pri suđenju za slične prekršaje i krivična dela, *Nauka, bezbednost i policija – Žurnal za kriminalistiku i pravo*, 2/14, str. 34.
- Novak, M. (1996) Pravo na život. *Pravni život*, 9/96, str. 3–26.
- Stojanović, Z. (1997) Pravo na život kao prirodno pravo čoveka. *Pravni život*, 9/97, str. 4.
- Stojanović, Z. (1998) Prirodno pravo na život i krivično pravo. *JRKK*, 1/98, str. 8.
- Stojanović, Z. (2012) *Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore*. Podgorica.
- Stojanović, Z. (2014) *Krivično pravo-opšti deo* Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Stojanović, Z. (2016) Garantivna funkcija krivičnog prava. U: Ignjatović, Đ. (ur.) *Kaznena reakcija u Srbiji – VI deo*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, str. 1–15.
- Vujaklija, M. (1975) *Leksikon stranih reči i izraza*. Beograd: Prosveta Beograd.

Professor Dragana KOLARIĆ, PhD
Constitutional Court of the Republic of Serbia
University of Criminal Investigation and Police Studies in Belgrade

“HARD-CORE HUMAN RIGHTS” IN PRACTICE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF SERBIA AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN STRASBOURG

– Constitutional-Court protection in criminal matter –

In this paper we shall address the Constitutional Court protection of those rights which are considered the so-called “hard-core human rights”. Naturally, we shall also present the practice of the European Court of Human Rights in the same matter, which will make it possible for us to draw certain conclusions. Observed in the light of Article 15, par. 2 of the European Convention on Human Rights, the “hard core” includes: Right to Life (Article 2 of the Convention), Prohibition of Torture (Article 3 of the Convention), Prohibition of Slavery and Forced Labour (Article 4 of the Convention), No Punishment without Law (Article 7 of the Convention) and the Right not to be tried or punished twice (Article 4 of Protocol 7). On this occasion the author deals with the protection of the right to life, prohibition of torture, no punishment without law and ne bis in idem principle. Taking into account that the protection offered by regular courts through application of framework laws precedes the Constitutional Court protection of the basic human rights and freedoms in criminal matter, the author also addresses, to the extent necessary for this paper, certain provisions of these laws as well. The main purpose of criminal law is to protect society from crime but at the same time this purpose must not jeopardize the achieved human rights standards. Do some negative criminal-policy tendencies, such as increased repression and criminal-law expansionism, which are aimed at achieving the main purpose actually jeopardize the human rights? Finally, the author concludes that the criteria set by the European Court of Human Rights largely expand substantive and procedural guarantees and warranties not only in Serbia, but also in the majority of Europe.

Key words: *the Constitution, Criminal Code, fundamental freedoms, human rights, principle of legality, right to life, prohibition of torture, ne bis in idem*